Nach welchen Grundsätzen bestimmt sich die Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben, gegenüber anderen im Testamente Bedachten und gegenüber Anderen?

(beantwortet unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung und der Rechtsprechung.)

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Willy Hausen

aus Lissa i. P.

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Bojanowo.

Approbiert am 25. Juli 1910.

ACAD LAND BAT BIBL.

Lissa i. P.

Druck von A. Schmädicke.

1911.

197

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0047

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

A. I. Einleitung: 1

II. Geschichtlicher Teil.

a) Das römische Recht 2

b) Das deutsche Recht bis zur Reception 5

c) Das kanonische Recht 7

d) Das deutsche Recht von der Reception bis zum BGB. 8

B. Der Pflichtenkreis des Tv's als Grundlage seiner Haftung. . 11

I. Die Ausführung der letzwilligen Verfügungen.

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligter 13

b) Pflichten im Interesse einzelner Beteiligter.

1. Pflichten im Interesse der Erben 14

2. Pflichten im Interesse anderer im Testamente Bedachter 14

3. Pflichten im Interesse Anderer 14

II. Die Verwaltung des Nachlasses 15

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligter 15

b) Pflichten im Interesse einzelner Beteiligter

1. Pflichten im Interesse der Erben 20

2. Pflichten im Interesse Anderer 21

III. Die Auseinandersetzung.

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligter 22

b) Pflichten im Interesse der Erben 23

C. Die Rechtsstellung des Tv's gegenüber seinem Pflichtenkreise als Maßstab für seine Haftung 26

I. Die Anlehnungstheorien.

a) Die römisch-rechtlichen Theorien.

1. Die Vormundschaftstheorie 27

2. Die Mandatstheorie 30

3. Die Arbitertheorie 34

4. Die Legatstheorie 35

b) Die deutsch-rechtlichen Theorien.
1. Die Theorie Beselers 36
2. Die Vertretertheorien 38
aa) Die Theorie von der Vertretung des Erblassers durch den Tv. 39
bb) Die Theorie von der Vertretung der Erben durch den Tv. . . 39
cc) Die Theorie von der Vertretung des Nachlasses durch den Tv. 42
dd) Die Doppelvertretungstheorien 43
II. Die selbständigen Theorien 44
a) Die Theorie Sturms 45
b) Die Theorie Seckts 45
c) Die Theorie Schultzes und Gierkes 46
d) Die Theorie von Förster-Eccius 6. Aufl. 46
e) Die Eigenrechtstheorie 47

D. Die Haftung des Tv's nach BGB. 52

Literatur-Verzeichnis.

I.

Monographien über den Testamentsvollstrecker.

Arnold, Der Tv. Diss. Freiburg 1902.

Beseler, Von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift f. deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 9, 1845.

Böhm, Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung im „Recht" 1900, S. 269 ff.

Brachvogel, Wirkung einer unentgeltlichen Verfügung des Tv's (§ 2206 BGB.) in Gruchots Beitr. Bd. 51, S. 311 ff.

Brettner, Der Tv. nach neuem deutschen Recht im Arch. f. b. R. Bd. 17, S. 213 ff.

Bourwieg, Die rechtliche Natur von Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter und Tv. und deren Aktiv- und Passivlegitimation für den Erbschaftsanspruch des § 2018 BGB. Diss. Leipzig 1908.

v. Cuni, Ist die vom Entwurfe des BGB. angenommene Stellung des Tv's zu billigen und wie ist sie nötigenfalls anders zu regeln? In Verhandl. d. 21. Juristentages. Bd. 1, S. 43 ff.

Deutsch, Die Vorläufer der heutigen Tv. im römischen Recht. Diss. Berlin 1899.

Förster, Über die Stellung, die Rechte und Pflichten des Tv's nach dem BGB. im sächs. Arch. f. bürgerl. Recht und Prozeß. Bd. 12, 1902. S. 136 ff.

Hartmann, Ist die vom Entwurfe des BGB. angenommene Stellung des Tv's zu billigen und wie ist sie nötigenfalls anders zu regeln. In Verh. d. 21. Juristentages. Bd. 1, S. 1 ff.

Hinschius: Die rechtliche Stellung der Testamentsexekutoren in der preuß. Anw. Zeitg., Spalte 753 ff. u. 771 ff.

Derf., Über das Recht des Testamentsexekutors auf den Besitz der Nachlaßsachen in Zeitschr. f. Gesetzg. und Rechtspfl. in Preußen. Bd. 1, 1867, S. 518 ff. und 656 ff.

Israel, Die privatrechtliche Stellung des Tv's. Diss. Greifswald 1904.

Jeglinsky, Die rechtliche Natur und der regelmäßige Wirkungskreis des Tv's nach bürgerl. R. Diss. Breslau, 1907.

Kohler, Der Verwaltungstestamentsvollstrecker in Seufferts Blättern für Rechtsanw. Bd. 73, S. 64 ff.

Kretzschmar, Testamentsvollstrecker im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark. und Not. Bd. 9, S. 587 f.
Lafrenz, Zur Testamentsvollstreckung in der jur. Wochenschr. 1903, S. 411 ff.
Lammer, Das Recht der treuen Hand nach deutschem Rechte. Diss. Würzburg 1875.
Lissauer, Die juristische Natur des Tv's. Diss. Erlangen, 1896.
Marcus, Die Tv'ung nach dem BGB., im sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. 8, 1898, S. 53 ff.
Plöttner, Über die rechtl. Natur der Tv'ung. Diss. Leipzig 06.
Rosenthal, Die rechtliche Natur der Testamentsexekution. Diss. Breslau 1883.
Rosenthal, Die Befugnis des Tv's, den Nachlaß zu verpflichten in Gruchots Beitr. zur Erl. d. deutschen Rechts, Bd. 48, S. 734 ff.
Roßhirt, Über Testamentsexekutoren, in Zeitschr. f. Zivil= u. Kriminalr. 1831, S. 217 ff.
Schaller, Die Befugnisse des Tv's zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testaments. Diss. Göttingen 1901.
Schmidt, Die Affatomie der lex Salica. 1891.
Schleifer, Die Rechtsstellung des Tv's. Diss. Breslau 1908.
Scholz III., Über Testamentsvollzieher, besonders in Anwendung auf das Geschäfts= leben. 1841.
Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Tv'ung. 1895.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Tv'ung. Diss. Leipzig 1899.
Siegert, Rechtliche Natur und Stellung des Tv's nach BGB. Diss. Leipzig 1903.
Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gemeinem und preußischem Rechte in den Jahrb. f. d. Dogmat. d. heut. röm. und deutschen Privatr. Bd. 20, S. 91 ff.
Derf., Die Lehre von den Testamentsexekutoren und der Entwurf des BGB. 1896.
Derf., Die Lehre von den Tv. 1898.
Derf., Zur Lehre von den Tv. in der Zeitschr. d. dtsch. Notarv. 1901, S. 414 ff.
Stüve, Zur Prozeßlegitimation des T'vs. Diss. Greifswald 1897.
Welti, Die Tv'ung auf Grund des deutschen BGB. und des schweizerischen kanto= nalen Privatrechts. Diss. Zürich 1906.
Werny, Die Stellung des Tv's, besonders im Hinblick auf die Auseinandersetzung unter den Miterben. Diss. Leipzig 1908.
Wiebering, Die Rechtsmacht des Tv's. Diss. Rostock 1904.
Wolff, Die Befugnisse des Tv's zur Führung von Prozessen, um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Diss. Göttingen 1902.
Wolff, Die Verfügungsmacht des Tv's und ihre Grenzen. Diss. Breslau 1909.

II.

Erbrechtliche Literatur.

Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen. 1837.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. 1905.
Böhm, Das Erbrecht des BGB. 1896.

Borcherdt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung. 1900.
Frommhold, Das Erbrecht des BGB. 1900.
Glanvell, Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem Recht. 1900.
Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.
Gruchot, Preußisches Erbrecht. 1866.
Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.
Kisch, Das Erbrecht des BGB. von Böhm in Grünhuts Zeitschr. Bd. 31, S. 407 ff.
Koch, Das preußische Erbrecht. 1866.
Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1895.
Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem BGB. für das deutsche Reich. 1903.
Maerker, Die Nachlaßbehandlung. 1892.
Meischeider, Die letzwilligen Verfügungen nach dem BGB. 1899.
Mommsen, Entw. eines deutschen Reichsgesetzes über d. Erbrecht nebst Mot. 1876.
Peiser, Handb. d. Testamentsrechts. 1907.
Pelargus, Das Erbrecht des BGB. 1899.
Randa, Der Erwerb der Erbschaft. 1867.
Rüger, Aus dem Erbrecht des deutschen BGB. im sächs. Arch. f. bürgerl. Recht und Proz. Bd. 9, 1899, S. 401 ff.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 1903.
Unger, Das österreichische Erbrecht, 1864.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.

III.
Hilfswerke.

1. Aus dem materiellen Recht und der Rechtsgeschichte.

Arndt, Lehrbuch der Pandekten, 1886.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1885.
Bluntschli, Deutsches Privatr. 1860.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1886.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1905.
Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1900.
Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 1905.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1896.
Ders., Pandekten, 1903.
Ders., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1905.
Döhl, Die grundbuchliche Verfügungsmacht des befreiten Vorerben in Gruchots Beitr. Bd. 50, S. 609 ff.
Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 1844.
Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1898.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1887.
Ders., Recht und Rechtsschutz in Bekker und Fischer. Beitr. zur Erl. u. Beurteilung d. Entw. eines BGB. f. d. Deutsche Reich. H. 6, 1889.

Fischer-Henle, BGB. 1906.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heut. gemeinen preußischen Privatrechts. 1888, 6. Aufl. 1893.
Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 1862.
Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts, 1895.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.
Derſ., Der Entw. eines BGB. und das deutsche Recht. 1889.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1886.
Hillebrand, Lehrbuch des heutigen gemeinen Privatrechts. 1849.
Ihering, Geist des römischen Rechts. 1888.
Kohler, Ansprüche zu Gunsten eines Dritten im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 21, S. 259 ff.
v. Kreittmayr, Anmerkungen über d. Codicen Maximilianeum bavaricum civilem, 1821.
Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 1886.
Kuhlenbeck, Das BGB. f. das Deutsche Reich nebst den EG. 1904.
Landsberg, Das Recht des BGB. 1904.
v. Lingenthal-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 1895.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.
Mittermair, Grundzüge des gemeinen deutschen Privatrechts. 1838.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 1904.
Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht. 1841.
Planck, BGB. 1902.
Puchta, Pandekten 1872.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. bürgerl. Rechts. Bd. 43, S. 1 ff.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 1848.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschrn Reiche. 1909.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 1869.
Sohm, Institutionen. 1908.
Staudinger, Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. 1902.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1885.
Thibaut, System des Pandektenrechts. 1834.
Wilke-Reatz, Das BGB. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wolff, Martin, Vorlesung über Grundzüge des deutschen Privatrechts. Berlin. Winter-Sem. 1907/08.
Zoepfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 1844.

2. Aus dem Prozeßrecht.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozesse in der Zeitschr. f. deutschen Zivilproz. Bd. 26, S. 197 ff.
Förster-Engelmann, Die ZPO für das Deutsche Reich, 1908.
Gaupp-Stein, Die ZPO für das Deutsche Reich, 1906.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900.
Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, 1894.
Neukamp, Handkommentar zur ZPO. 1900.
Petersen, Über Parteibegriff und Parteifähigkeit in der Zeitschr. f. deutschen Zivilproz. Bd. 18, S. 1 ff.
Seuffert, Kommentar zur ZPO. 1902.
Stegemann, Die Parteien im Prozeß in der Zeitschr. f. deutschen Zivilproz. Bd. 17, S. 326 ff.
Sydow-Busch, ZPO. und GVG. 1909.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.

3. Sonstige Hilfswerke.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgeg. v. Kohler, Ring und Örtmann.
Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.
Entscheidungen des Kgl. Obertribunals.
Die Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchs.
Entwurf eines Rechts der Erbfolge für das Deutsche Reich. 1879.
Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. 1. Lesung. 1887.
" " " " " " " 2. Lesung. 1892.
" " " " " " " Ber. d. Reichstagskomm.
" " " " " " " Reichstagsverh.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 1881.
v. Holtzendorff-Kohler, Encykl. d. Rechtswiss. 1904.
Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichts.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich. 1899
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Protokolle der Kommission f. die zweite Lesung des BGB. 1899.
Seufferts, Archiv für die Entsch. d. Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle.
Verhandlungen des XXI. deutschen Jur.-Tages.
Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. 1886.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB. 1890.

A.

I. Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat einen einheitlichen Grundsatz über die Haftung des Testamentsvollstreckers positiv nicht ausgesprochen. Es soll im folgenden untersucht werden, ob das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt einen solchen Grundsatz oder Grundsätze über die Haftung des Testamentsvollstreckers hat, und wenn, welcher Art derselbe bezw. dieselben sind.

Zunächst soll eine geschichtliche Entwicklung des Instituts der Testamentsvollstreckung gegeben werden unter besonderer Berücksichtigung der Haftung des Testamentsvollstreckers. Die Stellung des Testamentsvollstreckers soll in diesem Teile der Arbeit noch nicht behandelt werden, vielmehr erst in dem Hauptteile über die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Verfasser war sich bei dieser Anordnung des Stoffes bewußt, daß manche der Theorien über den Tv.[1]) heute nur einen geschichtlichen Wert haben; trotzdem ist er aus Gründen der Uebersichtlichkeit und guten Disposition so verfahren.

Alsdann soll von dem Gesichtspunkte aus, daß der Tv. nur haften kann, für die Verletzung seiner Pflichten eine Uebersicht über den Pflichtenkreis des Tv.'s gegeben werden. Hierbei sollen nach Möglichkeit diejenigen Pflichten, die der Tv. gegenüber allen Interessenten und diejenigen, die er nur gegenüber den Erben

[1]) Tv. = Testamentsvollstrecker.

oder nur gegenüber anderen im Testamente Bedachten oder nur gegenüber anderen Interessenten hat, getrennt behandelt werden.

Im folgenden Teile soll, um den Maßstab der Haftung des Tv.'s zu bestimmen, untersucht werden, als was der Tv. diesem Pflichtenkreise gegenüber steht. Hierbei sollen insbesondere die Konsequenzen gezogen werden, die sich von jedem Standpunkte aus für die Haftung des Tv.'s ergeben.

Zum Schluß soll die Haftung des Tv.'s nach BGB. untersucht werden.

II. Geschichtlicher Teil.

a) Das römische Recht.

Das römische Recht kannte nach herrschender Ansicht das Institut der Tv'ung[1]) nicht einmal dem Namen nach.[2]) Dies ist begreiflich; denn nach römischem Recht ist es ausschließlich der Erbe, insbesondere der Testamentserbe, welcher den Erblasser repräsentiert und aus diesem Grunde den letzten Willen desselben zu vollziehen hat.[3]) Doch gibt es im römischen Recht Institute, welche der Tv'ung nahe kommen[4]) und darum hier kurz gewürdigt werden sollen.

Im älteren römischen Recht finden wir den familiae emptor. Dies ist eine Mittelsperson, welcher der Erblasser bei Lebzeiten

[1]) Tv'ung = Testamentsvollstreckung.

[2]) Vergl. Bluntschli, a a O., S. 565; Böhm, Erbr., S. 91; Brettner a a O., S. 213; Dernburg, Pr. Pr. Bd. 3, S. 482; Pand., Bd. 3, S. 243; BGB. Bd. 5, S. 375; Deutsch, a a O., S. 1; Fischer, Pr. Pr., S. 676; Förster-Eccius, a a O., Bd. 4, S. 435; Koch, a a O., S. 330; Randa, a a O., S. 73; Scholz III, a a O., S. 11; Schultze; Treuh, S. 168, Anm. 4; Seckt, a a O., S. 11; Sintenis, a a O., Bd. 3, S. 477, Anm. 4; Stobbe, a a O., Bd. 5, S. 260; Sturm, Lehre, S. 3, a. A. Engelmann, a a O., S. 767; Glanvell, a a O., S. 79 ff.; Goldfeld, a a O., S. 711 ff.; Sohm, a a O., S. 687: Er erblickt in dem familiae emptor „nicht mehr und nicht weniger als einen Tv. des Testators."

[3]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 375.

[4]) Vgl. Scholz III, a a O., S. 10.

sein Vermögen übereignete mit der genauen Bestimmung, in welcher Weise sie es nach seinem Tode verteilen solle. Allerdings konnte der familiae emptor niemals zur Aufteilung gezwungen werden, war er doch kraft des Mancipationsgeschäftes Eigentümer der Nachlaßsachen geworden. Um so weniger kann man von einer Haftung des familiae emptor sprechen, haftete er, so konnte dies vielleicht auf Grund der späteren Entäußerungsgeschäfte unter Lebenden geschehen, niemals aber ist seine Haftung auf seine Eigenschaft als familiae emptor zurückzuführen.

Der Erblasser konnte sich auch in der Person des Erben selbst einen quasi — Tv. schaffen, indem er diesem bloß das inane nomen heredis hinterließ, mit der Anweisung, den Nachlaß in Form von Vermächtnissen usw. an dritte Personen herauszugeben. Eine Tv'ung wurde aber dadurch nicht geschaffen; denn es ist zum mindesten zweifelhaft, ob der so bedachte Erbe sich die Ausführung des letzten Willens seines inoffiziosen Erblassers wird haben angelegen sein lassen. Bezüglich der Haftung gilt hier wohl auch das vom familiae emptor Gesagte.

Es kam nach römischem Rechte auch vor, daß der Erblasser nicht die Vollziehung seines letzten Willens im allgemeinen, sondern nur die Besorgung einzelner Angelegenheiten gewissen Vertrauenspersonen übertrug. Wir lesen z. B. in D. 34, 1 l. 8 von der Beauftragung eines Miterben mit der Verteilung von Vermächtnissen in D. 31 l. 88 § 1 von der Beauftragung eines Vermächtnisnehmers mit der Besorgung des Leichenbegängnisses des Erblassers. Manchmal wurde auch letztwillig bestimmt, daß die Vermächtnisnehmer das ganze Vermächtnis an Dritte herausgeben sollten, vgl. D. 31, l. 17 pr. Solche Nichtbedachte werden von den Quellen als ministri bezeichnet.

All diese kann man als Spezialexekutoren, nicht aber als Tv. bezeichnen; insofern allerdings kamen sie dem heutigen Institute schon näher, als in der Kaiserzeit die Obrigkeit die Vollziehung von Auflagen zu erzwingen begann, mithin war der so Bedachte der Obrigkeit gegenüber für die Erfüllung der Auflage verhaftet.

Besonders interessant für unsere Aufgabe ist das mandatum post mortem. Es ist dies ein Auftrag, den der Erblasser bezüglich

irgend welchen Tuns nach seinem Tode bei Lebzeiten dem Beauftragten erteilte. Zweifelhaft ist es, ob das mandatum post mortem in vorjustinianischer Zeit bestanden hat. Für das Justinianische Recht ist es zweifellos anerkannt.[1]) Hier wird dann auch den Erben des Mandanten eine Klage gegen den Mandatar auf Ausführung des Mandats gegeben. Dies ist, da es sich um ein mandatum handelt, die actio mandati contraria. Hieraus können wir folgern, daß jetzt auch der Mandatar den Erben des Mandanten gemäß den Grundsätzen des Mandats gehaftet haben wird, also für omnis culpa.[2])

In der christlichen Kaiserzeit ist man dem Institute der Tv'ung schon ziemlich nahe. Es wird nämlich gestattet (vgl. z. B. C. 1, 3, l. 28 und 48 [49] und Nov. 131 c. 11 und 12), in Testamenten die pauperes oder die captivi, also incertae personae, als Erben einzusetzen oder mit Vermächtnissen zu bedenken.[3]) In einem solchen Falle werden dann vom Erblasser letztwillig Mittelspersonen bestimmt, welche den diesbezüglichen letzten Willen des Erblassers ausführen sollen. Mangels einer solchen Bestimmung sollte der zuständige Bischof für die Ausführung einer derartigen Verfügung sorgen.[4]) — Die Mittelsperson oder den Bischof hier als Tv. im heutigen Sinne bezeichnen zu wollen, wäre verfehlt; denn sie sind ausschließlich in öffentlichem Interesse ernannt, der Tv. handelt dagegen zumeist nur in privatem, doch lassen sich gewisse Aehnlichkeiten mit dem heutigen Institute schon eher feststellen. — Bezüglich der Haftung kann man hier nur allgemein sagen, daß, weil die Obrigkeit, insbesondere der Bischof, für die Vollziehung derartiger letztwilliger Verfügungen zu sorgen hatte, die Mittelspersonen von diesen bei evtl. Veruntreuungen und Schädigungen der vermachten Nachlaßgegenstände wohl werden haftbar gemacht worden sein.

---

1) Vgl. Deutsch, a a O. S. 30, 36 u. d. dort Gen.

2) Vgl. Czyhlarz, a a O. S. 183.

3) Vgl. Schultze, Treuh., S. 47.

4) Vgl. Mühlenbruch bei Glück, Bd. 43, S. 400 f. Hier wird eine Novelle Kaiser Leos aus dem Ende des 9. Jahrhunderts zitiert, in welcher ausdrücklich bestimmt ist, daß Geistliche zwar keine Vormundschaft annehmen, wohl aber Tv. werden dürfen.

b) Das deutsche Recht bis zur Reception.

Das älteste deutsche Erbrecht war ein Intestaterbrecht („der Erbe wird geboren, nicht gekoren")[1] und stellte den Grundsatz auf, daß niemand durch letztwillige Verfügungen sein Vermögen den gesetzlichen Erben entziehen dürfe. Um aber trotzdem sein Vermögen nach seinem Willen an dritte Personen vergeben zu können, mußte der Erblasser schon bei Lebzeiten entsprechende Rechtsgeschäfte vornehmen, z. B. sein Grundstück übertragen. Die Nachteile, die derartige Verfügungen für den Verfügenden mit sich brachten, sind offensichtlich. Erst durch die Vergabungen von Todes wegen wurde es ermöglicht, sein Vermögen für den Fall des Todes anderen als den gesetzlichen Erben zu überlassen. Die älteste Urkunde, die uns über eine solche Vergabung berichtet, ist die l. Salica, Art. 46. Das wesentliche Moment dieses Verfügungsgeschäftes ist die Affatomie; diese ist ein erbrechtliches Geschäft, das vorgenommen wird in den Formen des Sachenrechts.[2] Hierbei überträgt der Vergabende sein ganzes Vermögen oder einen Teil desselben einem Vertrauensmann in die treue Hand, indem er ihm die Treupflicht auflegt,[3] das Gut nach dem Tode des Treugebers, binnen Jahr und Tag,[4] dem Dritten auszuhändigen (vgl. die Aehnlichkeit mit dem familiae emptor). Der Treuhänder erlangt an den übertragenen Sachen Eigentum, allerdings nicht im eigenen Interesse.[5]

Dieses Institut mit seiner Eigentümlichkeit, der künstlichen Erbenschaffung,[6] verblaßte später durch seine Vermischung mit

---

[1]) Vgl. Tacitus, Germania Kap. 20: heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum.

[2]) Vgl. Schultze, Treuhand S. 51.

[3]) Vgl. Mittermeier a a O., S. 992, 1069.

[4]) Vgl. Brunner, a a O. S. 218.

[5]) Bestritten: Für die im Text vertretene Ansicht s. M. Wolff, a a O., § 37, Schultze, Treuh., S. 82, 85. Schultze zitiert eine Quellenstelle, in welcher der Jurist die Tradition an den Salmann mit den Worten erläutert: „sub modo vel ad tempus donari."

Nach a. A.. erhält d. Treuhänder nur ein Verfügungsrecht, vgl. Heusler, a a O. Bd. 1, S. 218.

[6]) Vgl. Heusler, a a O., Bd. 2, S. 625 f.

den zweiseitigen Vergabungen auf den Todesfall, die schon seit dem 8. Jahrhundert aufgekommen waren[1]) und sich besonders unter dem Einflusse der Kirche herausgebildet hatten. Hierbei bediente sich der Erblasser zumeist[2]) eines Treuhänders (manu fidelis), eines Salmannen, dem er durch Schenkungsvertrag unter Lebenden das Eigentum an den Erbschaftssachen übertrug unter Vorbehalt des Nießbrauchs (donationes reservato usufructu); manchmal erhielt der Treuhänder auch nur das Eigentum unter der suspensiven Bedingung des Todes des Uebertragenden (donationes post obitum).[3]) Der Treuhänder übernahm hierbei die Verpflichtung, das ihm übereignete Gut im Sinne des Uebereignenden zu verwenden. Besonders oft kamen Treuhänder vor bei Vergabungen ad pias causas (pro remedio animarum). Diese hatten eine überaus selbständige Stellung, meist konnten sie nach freiem Gutdünken über die Nachlaßsachen verfügen.[4])

Auf diese Salmänner des altdeutschen Rechts wird von der herrschenden Meinung das moderne Institut der Tv. zurückgeführt.[5])[6])

[1]) Vgl. H. O. Lehmann, in Birkmeyers Enc., S. 352.

[2]) Nötig war es nicht, im Gegensatz zur Affatomie, vgl. Jeglinsky, a a O., S. 8.

[3]) Vgl. Seckt, a a O., S. 3.

[4]) Vgl. Lammer, a a O., S. 7; Schultze, Treuh., S. 48.

[5]) Vgl. Beseler, in Z., S. 148 ff.; Erbver. Bd. 1, S. 261 ff.; Cosack, a a O., Bd. 2, S. 759; Endemann, a a O., S. 218; Gerber, a a O., S. 451; Heusler, a a O., S. 652; Holtz, a a O., S. 8; Israel, a a O., S. 13 ff.; Jeglinsky, a a O., S. 7; Pauli, a a O., Bd. 3, S. 310; Plöttner, a a O., S. 30; Protok. Bd. 5, S. 281; Randa, a a O., S. 74; Rosenthal-Breslau, S. 5; Roßhirt, a a O., Bd. 1, S. 222; Schleifer, a a O., S. 58; Seckt, a a O., S. 2; Sintenis, a a O., S. 478; Stobbe, a a O., S. 261; Sturm, Lehre, S. 6; Zöpfl, a a O., Bd. 2, S. 377. — a. A. Goldfeld, a a O., S. 79 80, Nr. 17; Koch, a a O., S. 332. Manche (auch von diesen) erblicken den Ursprung der heutigen Tv. teils in den Salmannen, teils in der alten Vormundschaft (Vogtei), vgl. Beseler, Syst., S. 673; Bluntschli, a a O., S. 565; Pauli, a a O., S. 316. Andere führen das Institut der Tv'ung speziell auf die langobardische Treuhand zurück, vgl. Kretzschmar, a a O., S. 586; Scholz III, a a O., S. 18; Schultze, Treuh., S. 48; Strohal, a a O., S. 266.

[6]) Allerdings unterscheidet sich der alte Treuhänder von dem heutigen Tv. dadurch, daß der Treuhänder durch einen zweiseitigen dinglichen Vertrag mit dem Erblasser bestellt wurde. Heute kann der Tv. vertragsmäßig gar nicht mehr bestellt werden, weil es im Wesen des Instituts als einer Vertrauensstellung liegt, daß der Erblasser die Ernennung bis zu seinem Tode widerrufen kann; vgl. Markus, a a O., S. 58; Peiser, a a O., S. 223.

Im langobardischen Recht bildete sich die Treuhand erst unter dem Einfluß der Kirche aus, welche sie dazu benutzte, um sich die Verwaltung und Nutznießung der für piae causae gemachten letztwilligen Verfügungen (Seelgift, Seelgeräte, donationes pro anima) zu sichern.[1])

Die Haftung der Treuhänder, insbesondere der Salmannen, wird sich im allgemeinen nach ihrer fiduziarischen Stellung bestimmen; sie sind gebunden durch das dem Vergabenden gegebene Treuversprechen.[2]) Zum mindesten wird man sie als verhaftet ansehen müssen bezüglich der Herausgabe der Nachlaßsachen an den Bedachten. Dies ist bewiesen durch eine Urkunde bei Meichelbeck[3]) Hist. fris. I, 2, 164 Nr. 138 anno 814: hier werden Salmannen, die sich weigerten, das ihnen anvertraute Gut den Bedachten auszuliefern, vor dem Grafengerichte belangt und zur Auslieferung gezwungen.

c) Das kanonische Recht.

Wir haben bei der Betrachtung des römischen Rechts der christlichen Kaiserzeit gesehen, daß die Bischöfe oft die Sorge für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen übernahmen, welche zu Gunsten der captivi oder der pauperes gemacht waren. Als später die Kirche mit dem langobardischen Rechte in Berührung kam,[4]) unterstützte sie die Ausbildung des Instituts der letztwilligen Treuhand, um sich — die Treuhänder waren regelmäßig Kleriker — einen dauernden Einfluß auf die Errichtung der letztwilligen Verfügungen zu sichern.[5])

Seit dem 12. Jahrhundert wurde die Einwirkung der Kirche auf die Ausbildung des Instituts der letztwilligen Treuhand immer größer,[6]) und sie nahm die gesetzliche Regelung desselben in das corpus iuris canonici,[7]) und zwar in die Dekretalen Gregors

[1]) Vgl. Schultze, Treuhand, S. 47 f.

[2]) Vgl. Sturm, Lehre, S. 6.

[3]) Vgl. Lammer, a a O., S. 14.

[4]) Vgl. Schultze, Treuh., S. 151 ff.

[5]) Vgl. Scholz III, a a O. S. 12.

[6]) Vgl. Koch, a a O., S. 333; Stobbe, a a O., Bd. 5, S. 261.

[7]) Der Ausdruck executor testamentarius findet sich übrigens zum ersten Male im kanonischen Recht.

IX., auf. Vgl. cap. 3, 6, 17, 19 de testamentis et ultimis voluntatibus 3,26. Insbesondere bestimmte cap. 19 X. h. t., daß die „executores ultimae voluntatis . . . cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem.“ Es ist selbstverständlich, daß, wenn die Dekretalen von einem cogi, von einem Zwange, reden,[1]) der gegenüber den executores ultimae voluntatis ausgeübt wurde, die executores für die Erfüllung der letztwilligen Verfügungen werden haftbar gewesen sein. Die oben angeführte Dekretalenstelle läßt uns sogar auch Schlüsse auf den Grad dieser Haftung ziehen; sie spricht nämlich von der Uebernahme der treuhänderischen Verpflichtung als von einem „mandatum susceptum“. Mit Berechtigung werden wir darum annehmen dürfen, daß die executores ultimae voluntatis nach kanonischem Recht gemäß den Grundsätzen des Mandats werden gehaftet haben.

d) Das deutsche Recht von der Reception bis zum BGB.

Im 12. Jahrhundert fanden die römischen Testamente, einseitige letztwillige Verfügungen auf den Todesfall, in Deutschland Eingang. Allerdings kannten die damals üblichen Testamente noch keine Erbeseinsetzung, ebenso wenig das Prinzip der Universalsuccession; sie hatten, wie Pauli[2]) treffend sagt, den Charakter eines „Aggregates einzelner völlig unabhängig nebeneinander stehender Gaben und Verordnungen“[3]) (Vermächtnistestamente). Aus diesem Grunde mußte der Treuhänder bei solchen Testamenten die leere Stelle des Erben ausfüllen,[4]) er wurde heredis loco gestellt. Doch erhielt er jetzt nicht mehr wie früher an den Sachen, welche er im Sinne des Erblassers weiter vergeben sollte, Eigentum, der Treuhänder ist nicht mehr „Mittler im Rechtsübergange vom Vergabenden auf den Bedachten“,[5]) sondern es wird ihm nur ein dingliches Verfügungsrecht am Nachlasse gewährt. Während wir oben darauf hingewiesen haben, daß der Treu-

[1]) Vgl. Mühlenbruch bei Glück, a a O., Bd. 43, S. 401.

[2]) Vgl. Pauli, a a O., S. 306.

[3]) Vgl. Beseler, Erbvertr., Bd. 1, S. 285; Hillebrand, a a O., S. 610.

[4]) Vgl. Schultze, Treuh., S. 174, ebenso Randa, a a O., S. 74: Das Institut der Tr'ung in jener Zeit erscheint „als ein Produkt der praktischen Notwendigkeit.“

[5]) Vergl. Seckt, a a O. S. 7.

händer im alten deutschen Rechte im Gegensatz zu heute durch einen zweiseitigen dinglichen Vertrag bestellt wurde, war dieser Unterschied jetzt fortgefallen: die Ernennung des Treuhänders erfolgte von nun an einseitig, nämlich im Testament.[1]) Dies wurde bald zur allgemeinen Regel.[2])

Mit dem 16. Jahrhundert begann auch der römische Grundsatz der Succession des Erben in universum ius defuncti in Deutschland Eingang zu gewinnen und mit ihm die Anschauung von der Repräsentation des Erblassers durch den Erben. Die Stellung des Treuhänders heredis loco war nunmehr überflüssig geworden. Trotzdem war der Einfluß des römischen Rechts doch nicht so stark, als daß er es vermocht hätte, ein so altes deutsches Institut zu beseitigen:[3]) Es bestand von nun an die Testamentsexekution neben der Erbeseinsetzung fort. Eingehende gemeinrechtliche Bestimmungen[4]) über die Vollziehung letztwilliger Verfügungen fehlen vollständig, und auch die Partikularrechte regelten das Institut der Testamentsexekution nur in geringem Maße.[5]) Von partikular-rechtlichen Bestimmungen seien hier aufgeführt:

1. Wormser Reformation von 1500: Buch 4, Teil 3, Abschn. 11.
2. Nürnberger Reformation von 1565: Titel 22.

---

[1]) Allerdings war der im Testamente Ernannte, wenn er sich nicht durch Vertrag zur Uebernahme der Vollziehung verpflichtete, nicht gebunden; vgl. Mittermaier a a O. S. 1070.

[2]) Vgl. Lauterbach, Disput. Iurid. (1668); vol. III no 8, praef. S. 33: „quotidianus testamentorum stylus docet, nullum fere testamentum fieri, in quo non aliqui constituantur executores."

Der für den Treuhänder gebräuchliche Ausdruck Salmann und der Ausdruck Testamentsexekutor wurden identische Begriffe; vergl. Beseler, Erbvertr. Bd. 1, S. 288; Pauli, a a O. S. 312 ff.; Stobbe, a a O. Bd. 5, S. 261.

[3]) Vgl. Meischeider, a a O. S. 452; Beseler, Syst., S. 673: „Man hatte sich einmal an das Institut gewöhnt und behielt es für das im übrigen nach dem Vorbilde des römischen Rechts eingerichtete Testament bei, indem man einen Wert darauf legte, daß der Testator die Ausrichtung seines Willens und namentlich auch die Regulierung des Nachlasses geschäftskundigen, besonders betrauten Personen übertragen könne."

[4]) Vgl. Mühlenbruch bei Glück, a a O. Bd. 43, S. 405. Koch, a a O. S. 335 u. a.

[5]) Vgl. Kretzschmar, a a O. S. 586.

3. Frankfurter Reformation von 1578: Teil 4, Tit. 11.
4. Württembergisches Landrecht von 1609: Teil 3, Tit. 27.
5. Bayrisches Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) von 1756: Teil 3, Kap. 1, § 18, Nr. 9 und Teil 3, Kap. 2, §§ 15—20.
6. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794: Teil 1, Tit. 12, §§ 557—562.
7. Rheinisches Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil) von 1804: Art. 1025—1034.
8. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich von 1811: Teil 2, §§ 816, 817.
9. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863: §§ 2230—2245.

In diesen und noch anderen Gesetzbüchern hat man unser Institut zu regeln versucht,[1]) allerdings mit geringem Erfolge, nennt doch noch Sintenis[2]) die Lehre von der Tv'ung „eine Unzahl von Zweifeln und Kontroversen." In demselben Sinne äußerte sich der Entwurf von 1879 (S. 330) bei einem Rückblick auf die bisherige Entwicklung der Tv'ung:[3]) „Kein Institut zeigt größere Unklarheiten im Rechtsgedanken als das des Tv's."

Eingehende gesetzliche Bestimmungen brachte uns erst das BGB. infolge der Beschlüsse der zweiten Kommission.[4]) Dieselben[5]) sind in berufenen Kreisen sehr gerühmt worden. So sagt z. B. Strohal:[6]) „Das BGB. widmete der Tv'ung eingehende Be-

[1]) Inhaltlich, namentlich auch bezüglich der Haftung soll auf die gesetzliche Regelung dieser Kodifikationen hier nicht eingegangen werden, sondern erst in dem Teile C. der Arbeit. Höchstens sei die Stelle aus der Wormser Reformation, die von der Haftung des Tv's zu ordentlicher Geschäftsführung handelt, zitiert: „und so sye in solichem lessig oder sumig were, sollen sye des erbs verfallen unnd berabt sein."

[2]) Vgl. Sintenis, a a O., Bd. 3, S. 503.

[3]) Vgl. Mot., Bd. 5, S. 217.

[4]) Die Reichstagskommission hatte nichts mehr daran ausgestellt, vgl. Entw. ein. BGB., Ber. Reichstagskomm. Erbrecht. S. 16; auch im Reichstage ist es über das Institut der Tv'ung nicht mehr zu Debatten gekommen, vgl. Entw. ein. BGB. Reichstagsverh.

[5]) Vgl. Brettner, a a O., S. 214.

[6]) Strohal, a a O., Bd. 5, S. 267.

stimmungen. Sie stehen unvergleichlich höher als die bisherigen gesetzgeberischen Leistungen auf diesem Gebiete und bilden eine wertvolle Errungenschaft des neuen Rechtes."

B.

Der Pflichtenkreis des Tv's als Grundlage seiner Haftung.

Der § 2219 Abs. 1 BGB. lautet: „Verletzt der Tv. die ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den daraus entstehenden Schaden dem Erben, und, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnisnehmer verantwortlich." Dieser Paragraph enthält die einzigen ausdrücklichen Vorschriften, die das BGB. über die Haftung des Tv's gibt. Soviel ist beim ersten Blick ersichtlich: ein einheitlicher Grundsatz über die Haftung des Tv's ist hiermit nicht ausgesprochen; denn das BGB. regelt hier nur die Haftung gegenüber den Erben und gegenüber den Vermächtnisnehmern. Wie es mit der Haftung gegenüber anderen Interessenten steht, diese Frage läßt das Gesetz offen.

Es wird zu untersuchen sein, ob trotz Mangelns einer einheitlichen Vorschrift es doch allgemein gültige Grundsätze gibt, nach denen sich die Haftung des Tv's bestimmt, ob diese Grundsätze einheitlicher Natur sind, oder ob sie verschiedener Art sind, und, wenn letzteres der Fall ist, nach welchen Grundsätzen sich dann die Haftung des Tv's bestimmt gegenüber den Erben, nach welchen gegenüber anderen im Testamente Bedachten und nach welchen gegenüber Anderen.

Folgendes ist sicher: der Tv. haftet für die Erfüllung seiner Pflichten. Welcher Art dieselben sind, dies soll in diesem Teile der Arbeit ausgeführt werden.

Es mag zunächst merkwürdig erscheinen, aus den Pflichten des Tv.'s Grundsätze für seine Haftung abstrahieren zu wollen. Trotzdem liegt dieser Methode eine m. E. richtige Beobachtung zu Grunde:

Wenn wir im allgemeinen die Grundsätze der Haftung in irgend einem Falle feststellen wollen, dann fragen wir uns zunächst nach dem rechtlichen Verhältnisse, welches dem betreffenden Falle zu Grunde liegt. Haben wir dieses gefunden — es mag sich z. B. um ein Auftragsverhältnis handeln —, dann können wir die Grundsätze der Haftung dahin bestimmen, daß wir sagen, der Betreffende hafte gemäß den für den Auftrag geltenden Vorschriften. Beim Tv. können wir dies nicht tun; denn positive ausreichende Haftungsgrundsätze gibt es bei der Tv'ung nicht. Wir können nur feststellen, daß der Tv. bestimmte Pflichten zu erfüllen hat, und wir können untersuchen, in welcher Eigenschaft der Tv. diesen Pflichten gegenübersteht. Aus solchen Betrachtungen müssen sich dann auch Schlüsse für die Haftung des Tv's ziehen lassen.

Hierbei ist noch Folgendes zu beachten: der § 2219 BGB. spricht nur von Erben und Vermächtnisnehmern. Dies legt uns die Annahme nahe, daß der Tv. anderen Interessenten gegenüber vielleicht überhaupt nicht hafte, oder, wenn wir dies nicht annehmen wollen, dann doch wenigstens, daß die Haftung anderen Interessenten gegenüber sich nach anderen Gesichtspunkten bestimmen müßte als die gegenüber den Erben und den Vermächtnisnehmern. Auch hier kann eine Betrachtung des Pflichtenkreises des Tv's förderlich sein; denn wenn wir sehen sollten, daß die Pflichten des Tv's gegenüber den verschiedenen Interessenten ganz verschiedener Art sind, dann könnten wir mit Berechtigung daraus schließen, daß sich die Haftung des Tv's gegenüber den einen Interessenten nicht so bestimmen wird wie gegenüber anderen. Sollten wir dagegen sehen, daß die Pflichten des Tv's gegenüber allen Interessenten ungefähr die gleichen sind, dann ließe sich aus dieser Beobachtung auch mit Berechtigung folgern, daß die Haftung des Tv's grundsätzlich die gleiche sein wird.

Die Pflichten des Tv's sind folgende: er hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.), er hat den Nachlaß zu verwalten (§ 2205 Satz 1 BGB.) und, falls mehrere Miterben vorhanden sind, die Auseinandersetzung unter ihnen zu bewirken (§ 2204 Abs. 1 BGB.). Diese drei Hauptverpflichtungen begründen für den Tv. ihrerseits wiederum einzelne Obliegenheiten. Von diesen hat er manche im Interesse aller Beteiligten zu erfüllen, andere nur im Interesse der Erben oder anderer im Testamente Bedachter oder anderer Interessenten.

I. Die Ausführung der letztwilligen Verfügungen.

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligter.

Die Ausführung der letztwilligen Verfügungen ist die erste und bedeutendste Aufgabe des Tv's, ist eine „Tv'ung" im wahren Sinne des Wortes.[1]) Dieses Recht gewährt das BGB. dem Tv. innerhalb der ihm durch das Gesetz gezogenen Grenzen[2]) im Gegensatz zum sächsischen Gesetzbuch § 2337/38 und dem hessischen Entwurf Art. 210, welche dem Tv. nur die Sorge für die Ausführung des Testaments übertrugen, ihm also nur ein Ueberwachungsrecht einräumten: nach BGB. ist die Stellung des Tv's eine bei weitem selbständigere. Zunächst ist es seine Pflicht, zu prüfen, ob das Testament tatsächlich gültig ist,[3]) oder ob eventuell Gründe für die Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder sonstige Unwirksamkeit desselben vorhanden sind, da er sich sonst für einen eventuell entstehenden Schaden haftbar machen könnte.[4]) Hat er die Gültigkeit des Testamentes erkannt, so hat er ohne Rücksicht auf die Dispositionen und den Willen der Erben oder anderer Nachlaß-

[1]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, § 141, Nr. 1; Planck, a a O., Bd. 5, Vorbem. 1, zu § 2203 BGB.; Staudinger, a a O., Bd. 5, Bem. 1 zu § 2203 BGB.

[2]) Vgl. Mot., Bd. 5, S. 226.

[3]) Vgl. Prot., Bd. 5, S. 300.

[4]) Vgl. ER. Bd. 42, S. 223. Hier wird der Tv. dem Erben für verantwortlich erklärt, wenn er schuldhafter Weise eine ungültige Verfügung des Erblassers erfüllt und dadurch das Interesse der Erben schädigt.

interessenten, selbst wenn diese alle einig sein sollten, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen.[1]) In diesem Sinne haben sich auch die Gerichte in OLG. Bd. 18, S. 343 f., ER. Bd. 25, S. 297 und ER. Bd. 43, S. 337 f. ausgesprochen.

b) Pflichten im Interesse einzelner Beteiligter.

1) Pflichten im Interesse der Erben.

Gemäß § 2218 BGB. findet auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Tv. und dem Erben die für den Auftrag geltende Vorschrift des § 666 BGB. entsprechende Anwendung. Diese legt dem Tv. dem Erben gegenüber eine Auskunftspflicht bezüglich der Art und Weise der Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers auf. Seinen Absichten können die Erben zwar widersprechen, daran braucht sich der Tv. aber nicht zu kehren,[2]) er kann ruhig dem Widerspruch der Erben entgegenhandeln; doch wird er, wenn er gewissenhaft ist, ihren Widerspruch im Wege der Klage beseitigen, damit er nicht, wenn er die Ausführung einer Verfügung zu unrecht vorgenommen hat, haftbar gemacht werde.

2) Pflichten im Interesse Anderer im Testamente Bedachter.

Der Tv. hat die Vermächtnisse, welche im Testamente gemacht sind, auszuführen und die Erfüllung der Auflagen zu veranlassen. Hat der Erblasser eine Stiftung errichtet, so trifft den Tv. die Pflicht, die gemäß § 83 BGB. zur Entstehung derselben erforderliche staatliche Genehmigung einzuholen.

3) Pflichten im Interesse Anderer.

Im Interesse der Nachlaßgläubiger darf der Tv. gemäß § 2046 BGB. nicht eher an die Ausführung von letztwilligen Verfügungen, die den Nachlaß belasten, gehen, bis nicht die Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind, bezw. bei noch nicht fälligen oder streitigen Schulden das zur Berichtigung derselben Erforderliche zurückgehalten ist.

[1]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 390; Prot., Bd. 6, S. 348.
[2]) Vgl. OLG. Bd. 4, S. 437.

II. Die Verwaltung des Nachlasses.

Die zweite Hauptpflicht des Testamentsvollstreckers ist die Verwaltung des Nachlasses. Diese ist allerdings nicht Selbstzweck,[1]) sondern der Tv. verwaltet den Nachlaß nur solange, bis die ihm obliegenden Aufgaben erfüllt, insbesondere bis die Auseinandersetzung unter den Erben bewirkt ist, oder, wenn nur ein Erbe da ist, bis der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem ihm die Erbschaft ausgeantwortet werden kann.[2]) Das Nachlaßgericht hat sich in die Verwaltungshandlungen des Tv's nicht hineinzumischen,[3]) evtl. ist auf dem ordentlichen Rechtswege gegen ihn vorzugehen.

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligter.

Zunächst hat der Tv. zum Zwecke der Verwaltung den Nachlaß tatsächlich in Besitz zu nehmen, und zwar so, wie der Erblasser die Sachen in Besitz hatte, also evtl. nur in mittelbaren[4]) Besitz. Er würde seine Pflicht nicht erfüllen, wollte er nur animo Besitz an den Nachlaßgegenständen ergreifen; denn es geht nicht der Besitz an ihnen ipso iure wie auf den Erben (§ 857 BGB.), so auch auf den Tv. über,[5]) sondern der Tv. ist, wie das Gesetz in § 2205 BGB. selbst sagt, verpflichtet, den Nachlaß „in Besitz zu nehmen."[6]) Zu diesem Zwecke kann er evtl. gegen den Erben auf Einräumung des Besitzes an den Nachlaßsachen klagen.

Nachdem der Tv. die Nachlaßsachen in Besitz genommen hat, hat er „ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden

---

[1]) Vgl. Meischeider, a a O., S. 478.

[2]) Vgl. Mot., Bd. 5, S. 242; Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 1 zu § 2205 BGB.; Prot. Bd. 5, S. 268, 277, 307, 529; Staudinger, a a O., Bd. 5, Anm. 1 zu § 2205 BGB.; Strohal, a a O., Bd. 1, S. 277, Anm. 8.

[3]) Vgl. Kuhlenbeck, Vorbem. 5, zu §§ 219 ff. BGB.; OLG. Bd. 3, S. 382; E. F. G. Bd. 4, S. 141: „Die Tätigkeit des Nachlaßgerichts in Bezug auf die Tv'ung beschränkt sich darauf, daß es auf Ersuchen des Erblassers den Tv. zu ernennen befugt ist und gewisse Erklärungen, die den Tv. betreffen oder von ihm ausgehen, entgegenzunehmen hat.

[4]) Vgl. Lafrenz, a a O., S. 413.

[5]) Diese Ansicht vertritt Marcus, a a O., S. 64.

[6]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2205 BGB.; Peiser, a a O., S. 239.

Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten" (§ 2215 BGB.) zu errichten. Die Aktiva des Nachlasses bestehen aus sämtlichen vorhandenen Nachlaßgegenständen, auch wenn es im Einzelfalle fraglich ist, ob der Erblasser das Eigentum an diesen Gegenständen gehabt hat,[1]) mit Ausnahme der durch ein Verbrechen erworbenen.[2])

Wenn Planck und Schultze[3]) sagen, daß die Inventarpflicht nur im Interesse der Erben und Vermächtnisnehmer besteht, ein Verzicht der Interessenten auf sie also wohl wirksam ist, und wenn Israel[4]) behauptet, daß der Tv. zu ordnungsmäßiger Verwaltung nur den Erben und Vermächtnisnehmern gegenüber verpflichtet sei, so ist dem m. E. entschieden entgegenzutreten. Wie könnte sich hiermit die Vorschrift von § 217 Abs. 1 KO. vereinigen lassen, die den Tv. berechtigt, ja sogar verpflichtet, den Nachlaßkonkurs zu beantragen? Diese Vorschrift, die auch zu der Verwaltungsberechtigung des Tv's gehört, ist ja gerade hauptsächlich im Interesse der Nachlaßgläubiger gegeben, denen gegenüber er sich auch bei schuldhafter Unterlassung schadenersatzpflichtig machen könnte. — Wir werden somit hieraus schließen, daß die Verwaltungspflicht des Tv's und alles, was sie umfaßt, nicht nur gegenüber den Erben und Vermächtnisnehmern, sondern gegenüber allen Interessenten besteht.

Der Tv. ist insbesondere berechtigt, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 S. 2 BGB.). Hiermit hat sich das BGB. der Ansicht der zweiten Kommission angeschlossen, welche ausführte:[5]) „Das freie Verfügungsrecht des Tv's ist nötig, da jede Schranke die Gefahr nahe lege, daß die Erreichung des Zweckes der Tv'ung, den letzten Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, erheblich beschwert werde." Der Entwurf I

[1]) Vgl. Borcherdt, a a O., S. 598.

[2]) Selbst eine Lebensversicherung, die der Erblasser „zu Gunsten der Erben" errichtet hat, gehört zum Nachlaß, hingegen nicht eine solche, die er zu Gunsten eines Miterben abgeschlossen hat; vgl. Staudinger, a a O. Bd. 5, Anm. 2c zu § 1922 BGB.; SA. Bd. 49, S. 448.

[3]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 1 zu § 2215 BGB.; Schultze in Jahrb. Bd. 43, S. 67, Anm. 7.

[4]) Vgl. Israel, a a O., S. 99.

[5]) Vgl. Prot., Bd. 5, S. 281.

dagegen bestimmte in § 1900, daß außer in gewissen, daselbst näher bezeichneten Fällen „der Tv. zur Verfügung über die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände nur dann berechtigt sein solle, wenn die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich sei." Heute dagegen hängt die Gültigkeit der Verfügung nicht mehr davon ab, daß sie im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung erfolgt.[1])

Bei entgeltlichen Verfügungen hat der Tv. zwar das oben erwähnte weitgehende Verfügungsrecht — natürlich nur bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände. Über den Nachlaß — als solchen darf er nicht verfügen —,[2]) doch ist ihm dieses Recht nicht unbeschränkt gegeben, sondern es sind seiner Verfügungsmacht gewisse Grenzen gesetzt. So ist er in der Verfügung beschränkt, sobald eine Nachlaßverwaltung angeordnet, bezw. der Nachlaßkonkurs eröffnet ist.[3]) Hier hat der Tv. nur diejenigen Verfügungsrechte, die dem Erben neben dem Nachlaß- bezw. Nachlaßkonkursverwalter eingeräumt sind.[4])

Bezüglich unentgeltlicher Verfügungen ist der Tv. allerdings weit mehr beschränkt. Diese darf er gemäß § 2205 Satz 3 BGB. nur vornehmen, „soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen."[5])

Zum Verwaltungsrechte des Tv's gehört ferner die Berechtigung, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen.[6]) Hierbei legt das Gesetz dem Tv. die Pflicht auf, dies nur insoweit

[1]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 394.

[2]) Vgl. Landsberg, a a O., Bd. 2, S. 1206, Anm. 1.

[3]) Vgl. Fischer-Henle, a a O. Vorbem. zu §§ 2197 ff.; OLG. Bd. 18, S. 317.

[4]) Das Verfügungsrecht des Tv. erstreckt sich auch auf Grundstücke, die zum Nachlasse gehören; es genügt hier gemäß § 41 GO. die Einwilligung des Tv's; vgl. Reichsges. über d. Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit § 111, Abs. 2.

[5]) Döhl (a a O., S. 611) spricht dieser Vorschrift des § 2205 Satz 3 BGB. die dingliche Wirkung ab und sagt, daß „die Einschränkung nur Bedeutung habe für das innere Verhältnis des Tv. zum Erben." Diese Auffassung enthält eine große Härte gegen den Erben. Sie ist abzulehnen; vgl. Brachvogel, a a O., S. 311 ff.

[6]) Dies kann er natürlich nur, soweit es rechtlich möglich ist. So darf er z. B. nicht einen Vertrag, durch den die Erben Gesellschafter einer G. m. b. H. werden, abschließen und für die Erben unterzeichnen; denn Vertreter der Erben ist er nicht, und der Nachlaß ist kein Rechtssubjekt (vgl. E. F. G. Bd. 8, S. 127 ff.).

zu tun, als es zu ordnungsmäßiger Verwaltung erforderlich ist, § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Eingehung von Verbindlichkeiten, die über diesen Rahmen hinausgehen, macht den Tv. den Interessenten ersatzpflichtig und zwar haftet er nach den Grundsätzen eines Vertreters bei mangelnder Vertretungsmacht.[1])

Als Verwalter des Nachlasses ist der Tv. auch berechtigt, Prozesse zu führen. Insofern ihn bei der Prozeßführung ein Verschulden trifft, macht er sich haftbar. Von Bedeutung dabei ist, inwieweit der Tv. überhaupt zur Prozeßführung legitimiert ist.

Das BGB. bestimmt, daß der Tv. für Nachlaßstreitigkeiten legitimiert ist, d. h. für solche Prozesse, welche Nachlaßgegenstände betreffen oder sich gegen den Nachlaß richten. Bezüglich die Aktivlegitimation sagt § 2212 BGB., daß „ein der Verwaltung des Tv.'s unterliegendes Recht nur vom Tv. gerichtlich geltend gemacht werden kann." Er ist also bezüglich der Nachlaßstreitigkeiten allein aktiv legitimiert. Dies ist nötig; denn es entspricht diese Bestimmung der dem Tv. gewährten umfassenden Verwaltungsbefugnis. Der Tv. führt diese Prozesse als Partei, nicht etwa als Vertreter der Erben, wie es der Entwurf I in § 1903 Abs. 1 bestimmt hatte. Gemäß § 327 Absatz 1 ZPO. wirkt aber ein Urteil, das in einem solchen Prozesse ergeht, für und gegen den bezw. die Erben, die evtl. ihrerseits wieder gegen den Tv. vorgehen können.

Für die Passivlegitimation des Tv's gilt gemäß § 2213 BGB. folgendes: Vor der Annahme der Erbschaft ist der Tv. allein passiv legitimiert, nach der Annahme ist er es neben den Erben, es sei denn, daß es sich um einen Pflichtteilsanspruch handelt. Für diesen ist nur der Erbe passiv legitimiert. Endemann[2]) schränkt dieses Recht des Tv's zur Führung von Passivprozessen ein, indem er sagt: „Prozeßführung und Urteil wirken nur in dem Umfange auf den Erben, in dem der Tv. berechtigt ist, für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen. Schuldbegründung und Passivprozesse stehen in voller Abhängigkeit neben einander." Dem ist jedoch nicht beizupflichten; denn wenn § 2213 Abs. 1 Satz 2 BGB. sagt: „Steht dem Tv. nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, so ist die Geltendmachung (eines Anspruchs, der sich

[1]) Vgl. Rosenthal bei Gr., Bd. 48, S. 736.

[2]) Vgl. Endemann, a a O., Bd. 3, S. 232.

gegen den Nachlaß richtet,) nur gegen den Erben zulässig," so ist daraus zu schließen, daß, wenn dem Tv. die Verwaltung zusteht, auch die Geltendmachung eines derartigen Anspruches gegen ihn zulässig ist. Bezüglich seiner Stellung im Prozeß gilt dasselbe wie bei der Aktivlegitimation: der Tv. führt den Prozeß als Partei, und gemäß § 327 Abs. 2 ZPO. wirkt ein Urteil, „welches zwischen dem Tv. und einem Dritten über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch ergeht, wenn der Tv. zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist," für und gegen den Erben.

Bestrittener als bei Nachlaßstreitigkeiten ist die Stellung des Tv's da, wo es sich um bloße Erbstreitigkeiten handelt. Bezüglich des Pflichtteilsanspruchs ist, wie schon oben erwähnt, eine gesetzliche Regelung vorgenommen worden; im übrigen aber gehen die Ansichten weit auseinander. Einen wesentlichen Streitpunkt bilden die Prozesse, die sich auf das Erbrecht als solches beziehen[1]). Hier wird man den Tv. nicht als legitimiert ansehen können[2]); denn der Tv. ist nur insoweit legitimiert, als es sich um die Verwaltung des Nachlasses handelt[3]), „seine Funktion ist nicht, die Geltung des letzten Willens im Prozeßwege zu verteidigen, sondern die als geltend vorausgesetzten Dispositionen auszuführen."

Die Frage, ob der Tv. zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs legitimiert sei, ist auch in verschiedener Weise beantwortet worden[4]). Von der herrschenden Ansicht wird diese Frage m. E. zu Recht bejaht[5]).

---

[1]) Vgl. Endemann, a a O., Bd. 3, S. 234; Planck, a a O., Bd. 5, Vorbem. 4 zu §§ 2197 ff.; Staudinger, a a O., Bd. 5, Vorbem. I A 1 1 zu §§ 2197 ff.

[2]) a. A. Böhm, Erbr. 2. Aufl., S. 193.

[3]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a a O., Bd. 2, S. 600.

[4]) Vgl. Binder, a a O., Bd. 3, S. 357; Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 53 ff.

[5]) Hierbei untersuchen die einen zunächst den Charakter des Erbschaftsanspruchs, ob er ein Gesamtanspruch oder ein Singularanspruch ist, entscheiden sich für einen qualifizierten Singularanspruch und erklären den Tv. gemäß § 2212 BGB. für ausschließlich legitimiert. Hiergegen aber ist zu sagen, daß derjenige, der die hereditatis petitio anstrengt, sein Erbrecht als solches geltend macht, nicht, wie bei der rei vindicatio, nur einen einzelnen Anspruch. Darum wird man den Erbschaftsanspruch als einen Gesamtanspruch ansehen müssen; der Tv. wäre also nicht legitimiert. — Der anderen Ansicht kommt es auf den Charakter des Erbschaftsanspruchs gar nicht an, sondern nur auf das, worauf er hinzielt. Er zielt

Soweit sich sonst noch aus der Verwaltung Verpflichtungen des Tv's ergeben, die nicht gegenüber allen Interessenten in gleicher Weise bestehen, sind sie, wie aus Folgendem hervorgeht, unwesentlicher Natur.

b) Pflichten im Interesse einzelner Beteiligter.

1. Pflichten im Interesse der Erben.

Der Tv. darf, wenn eine Nachlaßverbindlichkeit nur von einem oder mehreren Miterben zu berichtigen ist, diese nicht aus dem ganzen ungeteilten Nachlasse berichtigen, sondern er ist den anderen Erben gegenüber verpflichtet, die Berichtigung aus dem Erbteile des oder der belasteten Miterben vorzunehmen.

Der Tv. ist nicht berechtigt, „Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlaß beziehen," zu veräußern, vielmehr bleiben dieselben, gemäß § 2047 Abs. 2 BGB., gemeinschaftliches Eigentum der Erben.

Der Tv. ist gemäß 2217 Abs. 1 BGB. verpflichtet, „Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, den Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen."

Besondere Verpflichtungen des Tv's gegenüber anderen im Testamente Bedachten kommen bei der Verwaltung des Nachlasses nicht in Betracht.

---

aber auf Herausgabe der Erbschaftssachen durch den Erbschaftsbesitzer. Da nun der Tv. gemäß § 2205 Satz 2 BGB. berechtigt ist, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, so werden wir ihn auch als zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs legitimiert erklären; denn wollten wir dies nur bei dem Erben tun, so würden wir dem Tv. sein Recht, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, bloß unnötig erschweren.

Derselben Ansicht sind Dernburg BGB., Bd. 5, S. 395; Meischeider a a O., S. 506; Staudinger, a a O., Bd. 3, Vorbem. I A 1 m vor §§ 2197 ff. BGB.; Strohal, a a O., Bd. 1, S. 291; Weißler a a O., S. 196. Nach a. A. sind nur die Erben legitimiert; vgl. Endemann, a a O., Bd. 3, S. 234. Förster im Sächs. Arch. Bd. 12, S. 162; Sturm, Lehre, S. 79, bisher auch Planck, a a O., Bd. 5, Z. 2, zu § 2012 BGB., in der neusten Aufl. d. B. 5 — von Strohal erläutert — hat d. Planck'sche Komm. diesen Standpunkt verlassen; vgl. A. f. B. R. Bd. 34, Heft 2, S. 197.

2. Pflichten im Interesse Anderer.

Den Nachlaßgläubigern gegenüber ist der Tv. verpflichtet, die Passiva in das Inventar mit aufzunehmen.

Der Tv. darf, wie wir oben gesehen haben, Verbindlichkeiten für den Nachlaß nur insoweit eingehen, als dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist[1]). Geht er andere ein, so wird er in analoger Anwendung des § 179 BGB., welcher Paragraph nach Fischer-Henle[2]) auf „Verfüger über fremde Rechte außerhalb des Falles der eigentlichen Stellvertretung," also auch auf den Tv., Anwendung findet, dem Gegenkontrahenten gegenüber eine persönliche Schuld seinerseits begründen. Demgemäß hat der Tv. bei mangelnder Ordnungsmäßigkeit, wenn der andere Teil bösgläubig war, überhaupt nicht zu haften, wenn der andere Teil gutgläubig war, dem anderen Kontrahenten nach dessen Wahl Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, und wenn der Tv. selbst den Mangel der Ordnungsmäßigkeit nicht gekannt hat, dem anderen Teile das negative Interesse zu ersetzen.

Gemäß § 52 des Erbschaftssteuergesetzes vom 3. Juni 1906 ist der Tv. für die Erbschaftssteuer persönlich verhaftet, wenn er die Erbschaft, einzelne Erbteile, Vermächtnisse u. s. w. vor der Berichtigung oder Sicherstellung der darauf entfallenden Erbschaftssteuer ausantwortet, die Beitreibung der Steuer aber von den Steuerpflichtigen nicht erfolgen kann.

Der Tv. darf Orden, die der Erblasser hatte, nicht in den Nachlaß hineinziehen, diese sind vielmehr auf Grund einer Kabinettsordre vom 7. II. 1815 der Kgl. Generalordenskommission zurückzureichen, ebenso gehören Kirchenstühle und Erbbegräbnisse nicht in den Nachlaß, da in sie eine besondere Sukzession stattfindet. Das Gleiche gilt für die Summe aus einer Lebensversicherung, die zu Gunsten eines Dritten vom Erblasser abgeschlossen ist (vgl. § 330 BGB.).

[1]) Hierbei ist für die Ordnungsmäßigkeit das subjektive Ermessen des Gegenkontrahenten maßgebend; vgl. z. B. Strohal, a a O., Bd. 1, S. 279, Anm. 18. A. A. ist Staudinger; er beurteilt die Ordnungsmäßigkeit objektiv, nach der Lage des einzelnen Falles; vgl. Staudinger, a a O., Bd. 5, Anm. 1 zu § 2206 BGB. in Verbindung mit Anm. 1 zu § 2216 BGB.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, a a O., Anm. 1 zu § 179 BGB.

III. Die Auseinandersetzung.

a) Pflichten im Interesse aller Beteiligten.

Die Rechtsbeziehung des Tv's, in der er zum Zwecke der Verwaltung dem Nachlaß gegenüber steht, soll nicht für die Dauer bestehen, sondern der Endzweck derselben ist, für den Fall, daß mehrere Erben vorhanden sind, die Bewirkung ihrer Auseinandersetzung. Dieses Recht hat das BGB. dem Tv. ipso iure gegeben, während der I. Entwurf (§ 1898 Abs. 1) dies nur für den Fall vorgesehen hatte, daß „der Erblasser entweder die Auseinandersetzung durch den Vollstrecker angeordnet oder besondere auf die Auseinandersetzung sich beziehende Anordnungen getroffen hat." Und zwar hat die moderne Gesetzgebung den Tv. in dieser Beziehung derartig selbständig gestellt, daß sie in § 86 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt hat, daß das Nachlaßgericht, für den Fall, daß ein Tv. vorhanden ist, sich in die Auseinandersetzung nicht hineinmischen solle, und überhaupt steht in keiner Weise dem Nachlaßgericht ein Aufsichtsrecht über den Tv. zu. Diesen Standpunkt vertritt die Praxis allgemein.[1]) Während aber der Tv. bezüglich der Auseinandersetzung an und für sich sehr unabhängig dasteht, ist seine Verfügungsmacht innerhalb derselben, namentlich im Vergleich zu seiner ihm bei der Verwaltung des Nachlasses zustehenden Verfügungsmacht, sehr eingeschränkt. Insbesondere ist dies durch die Bestimmung geschehen, daß er die Auseinandersetzung nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056 BGB. zu bewirken hat (§ 2204 Abs. 1 BGB.). Diese gesetzlich eingeschränkte Auseinandersetzungsmacht des Tv's kann der Erblasser erweitern, indem er gemäß § 2048 BGB. die Auseinandersetzung dem billigen Ermessen des Tv's überläßt.

Der Tv. hat aber nicht nur das Recht, die Auseinandersetzung vorzunehmen, es besteht auch für ihn eine Pflicht dazu.

[1]) Vergl. OLG. Bd. 3, S. 382 und Bd. 14, S. 302.

Darum darf er die Ausführung derselben nicht wider Gebühr verzögern, sonst kann er sich schadenersatzpflichtig machen.

Bevor der Tv. die Auseinandersetzung vornimmt, hat er gemäß § 2204 Abs. 2 BGB. einen Auseinandersetzungsplan aufzustellen.

Bei der Auseinandersetzung selbst hat der Tv. gemäß § 2048 Satz 1 BGB. zunächst die vom Erblasser hierfür letztwillig getroffenen Anordnungen zu beachten. Erst mangels solcher hat er die Teilung auf Grund der gesetzlichen Teilungsvorschriften vorzunehmen und bei besonderer Ermächtigung nach billigem Ermessen.

b) Pflichten im Interesse der Erben.

Gemäß § 2043 BGB. hat der Tv. mit der Auseinandersetzung, wenn die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, oder wenn die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung, über eine Annahme an Kindesstatt oder über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht, solange zu warten, bis die Unbestimmtheit behoben ist. Nimmt der Tv. entgegen der Vorschrift des § 2043 BGB. die Verteilung vor, so wird man annehmen müssen, daß die Gültigkeit dieser Verteilung wirksam ist bis zur Änderung der Zahl der Erbberechtigten, also z. B. bis zur Geburt des nasciturus. Hierdurch würde allerdings die Verteilung unwirksam werden, und der Tv. hätte die Pflicht, eine vollständig neue Verteilung vorzunehmen. Wenn aber z. B. der nasciturus nicht lebend zur Welt käme, so wäre dies auf die einmal vorgenommene Verteilung ohne Einfluß, sie bliebe weiterhin gültig. Ähnliches würde gemäß Art. 86 und 87 EGBGB. Platz greifen, nach denen es den Landesgesetzen überlassen ist, eine Zuwendung von mehr als 5000 M. an eine juristische Person oder einen Erwerb von Todes wegen durch Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig zu machen.

Sind derartige Hinderungsgründe nicht vorhanden, so kann der Tv. zur Auseinandersetzung schreiten. Vorher hat er aber gemäß § 2204 Abs. 2 BGB. die Erben über seinen Plan zu hören.

Diese Bestimmung ist ius cogens. Will er die Auseinandersetzung bewirken, bevor der Erbe, der, weil er abwesend oder unbekannt ist, sich über die Annahme der Erbschaft noch nicht erklären konnte, dies getan hat, so hat er die gemäß § 1911 bezw. § 1913 BGB. erforderliche Einleitung einer Pflegschaft zu veranlassen und dann den Pfleger über den Auseinandersetzungsplan zu hören.[1]) Ein Pflichtteilsberechtigter, der nicht Erbe ist, hat dieses Recht nicht.[2]) Dieser kann auch nicht Auskunftserteilung vom Tv. verlangen.

Auf Verlangen eines Miterben hat der Tv. die Auseinandersetzung gemäß § 2045 BGB. aufzuschieben; denn nur bis zur Teilung des Nachlasses haben die Erben das Recht, ihre Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Ist die Teilung einmal vorgenommen, dann haben die Erben diese Möglichkeit verloren, es sei denn, daß die Ausschließungsgründe des § 2060 BGB. vorliegen.[3]) Hat der Tv. hier schuldhaft gehandelt, so können ihn die Erben deswegen in Anspruch nehmen.

Es ist bestritten, ob der Tv. verpflichtet ist, einem gemeinschaftlichen Beschlusse der Erben, sich nicht auseinandersetzen zu wollen, Folge zu leisten. Die eine Ansicht[4]) geht dahin, daß die Erben eine Auseinandersetzung ihrerseits durch den Tv. nicht verhindern können, weil hierdurch sowohl die Anordnungen des Erblassers als auch die gesetzliche Verpflichtung des Tv's aus § 2204 Abs. 1 BGB. illusorisch gemacht werden würden. Dies ist wohl richtig, doch: „Volenti non fit iniuria". Wenn die Erben in Gemeinschaft bleiben wollen, wozu soll man sie zwingen, diese Gemeinschaft aufzugeben? Ein derartiger Zwang wäre ganz unangebracht. Die Erben haben[5]) „ein Recht auf Auseinandersetzung, aber keine Pflicht, dieselbe vorzunehmen."[6])

Wie ist es aber, wenn die Erben sich wohl auseinandersetzen wollen, aber in einer von ihnen selbst bestimmten Art und Weise?

[1]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 392 ff.

[2]) Vgl. S. A. Bd. 58, S. 74.

[3]) Vgl. Endemann, a a O. Bd. 3, S. 506; Planck, a a O., Bd. 5, Bem. 1 zu § 2060 BGB.; Staudinger, a a O., Bem. zu § 2060,61 BGB.

[4]) Vgl. Endemann, a a O., Bd. 3, S. 224.

[5]) Vgl. Jeglinsky, a a O., S. 50.

[6]) Vgl. Kreß, a a O., S. 252; Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2e zu § 2204 BGB.; Staudinger, a a O., Bd. 5., Anm. 1 zu § 2204 BGB.

Hat der Erblasser selbst die Art der Auseinandersetzung bestimmt, so ist der Tv. verpflichtet, diese Bestimmung zu befolgen, da, wie wir in den Protokollen[1]) lesen, „das Gesetz nicht die Handhabe dazu bieten dürfe, daß schon während der Dauer der Tv'ung die Anordnungen des Erblassers mißachtet würden." Hat der Erblasser nichts über die Auseinandersetzung bestimmt, so braucht sich der Tv. an eine besondere diesbezügliche Einigung der Beteiligten nicht zu kehren, sondern er bewirkt, wie er kraft Gesetzes verpflichtet ist, die Auseinandersetzung gemäß den Vorschriften der §§ 2042—2056 BGB.[2])

Ist erst gar die Auseinandersetzung durch den Erblasser dem billigen Ermessen des Tv's überlassen, so braucht er sich an widersprechende Beschlüsse der Erben erst recht nicht zu halten.[3])

Bei der Auseinandersetzung hat der Tv. die Kollationsvorschriften der §§ 2050 ff. BGB. zu beachten. Allerdings ist eine Vereinbarung der Erben über die Ausgleichung für den Tv. bindend; „denn das Ausgleichsrecht ist ein persönliches Recht des Erben, auf das er also verzichten kann."[4])

Besondere Verpflichtungen des Tv's gegenüber anderen im Testamente Bedachten und gegenüber Anderen kommen bei der Auseinandersetzung unter den Miterben — und das liegt ja in der Natur der Auseinandersetzung als einer internen Angelegenheit der Erben — nicht in Betracht.

Der eben behandelte Pflichtenkreis des Tv's ist derjenige des sogen. Normaltypus, der „regelmäßigen Tv'ung."[5]) Diese Pflichten und darum auch diese Rechte hat der Tv. im Zweifel, nämlich dann, wenn der Erblasser nichts besonderes bestimmt hat.

---

[1]) Vgl. Mugdan, a a O., Bd. 5, S. 656.

[2]) Derselben Ansicht sind: Kreß, a a O., S. 259; Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2e zu § 2204 BGB.; Protok. Bd. 6, S. 348; Staudinger, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2204 BGB.; a. A. ist z. B. Böhm, Erbr., 2. Aufl., S. 185, vgl. gegen ihn Kisch, gelegentl. d. Besprechung v. Böhms Erbr., a a O., S. 415.

[3]) Vgl. Lafrenz, a a O., S. 412; a. A. sind z. B. Meischeider, a a O., S. 492, und Sturm, Lehre, S. 71.

[4]) Vgl. Jeglinsky, a a O., S. 48.

[5]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 388.

Der Erblasser kann den Pflichtenkreis jedoch einengen und erweitern. Engt er ihn ein, so ist die Haftung des Tv's eine geringere, erweitert er ihn, so kann der Tv. in höherem Maße evtl. in Anspruch genommen werden.

C.

Die Rechtsstellung des Tv's gegenüber seinem Pflichtenkreise als Maßstab für seine Haftung.

Für die Erfüllung seiner Pflichten haftet der Tv.:

Es gibt zwei Möglichkeiten, nach denen jemand für seine Handlungen haften kann; entweder haftet er ex contractu oder ex delicto. Haftet der Tv. ex contractu, so setzt diese Haftung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Tv. und den Beteiligten voraus, haftet er ex delicto, so ist dies nicht der Fall. Wir haben schon oben gesehen, daß sich ein Maßstab für die Haftung des Tv's aus den positiven Vorschriften des Gesetzes nicht entnehmen läßt. Wir werden darum untersuchen müssen, als was der Tv. den Personen, zu denen er bei der Tv'ung in Beziehung tritt, gegenübersteht, ob ein Rechtsverhältnis oder etwas anderes vorliegt, und werden hieraus den Maßstab für seine Haftung zu gewinnen suchen. Hierbei werden wir die Theorien, die über den Tv. aufgestellt worden sind, ausführlich behandeln müssen und werden bei jeder Theorie die Konsequenzen, die sich von ihrem Standpunkte aus für die Haftung des Tv's ergeben, berücksichtigen.

Es werden zunächst diejenigen Theorien besprochen werden, welche die Tv'ung nicht aus sich selbst heraus erklären, sondern sei es, daß sie sie an römisch-rechtliche Institute anlehnen, sei es, daß sie sie allgemeinen Rechtsbegriffen unterordnen. Sie mögen schlechtweg Anlehnungstheorien genannt werden.

Alsdann werden diejenigen Theorien behandelt werden, welche die Tv'ung als positives Institut ansehen, insbesondere die Eigenrechtstheorie.

I. Die Anlehnungstheorien.

a) Die römischrechtlichen Theorien.

1. Die Vormundschaftstheorie.

Die Konstruktion der Tv'ung nach Analogie der Vormundschaft ist schon sehr alt. Sie greift in ihren Uranfängen auf die in der Einleitung erwähnte Novelle Kaiser Leos aus dem Ende des 9. Jahrhunderts zurück, in welcher die Tv. Vormünder (ἐπιτρόποι) genannt wurden. Auch Wilhelm Durandus[1]), mit welchem ja auch nach Beseler allerdings bestrittener Ansicht[2]) bei der Lehre von der Testamentsexekution der Anfang zu machen ist, verwendet gelegentlich die Analogie der Vormundschaft[3]). In der späteren Jurisprudenz ist dieselbe der Mittelpunkt der ganzen Lehre von der Tv'ung geworden, und im 16. und 17. Jahrhundert finden wir allgemein den Satz: „Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparabantur." Als Hauptvertreter dieser Theorie mögen nur genannt sein Carpzov, Faber, Mevius, Mynsinger[4]), Struv, Stryk, Treutler und Wernher. Von Gesetzbüchern stehen auf dem Standpunkte dieser Theorie die Nürnberger und Frankfurter Reformation, das Württembergische Landrecht sowie der codex Maximilianeus Bavaricus civilis.

Man ging sogar in der Gleichstellung der Testamentsexekutoren mit den Kuratoren soweit, erstere genau so einzuteilen,[5])

---

[1]) Vgl. Speculum iuris lib. II, p. 2, de instrumentorum editione § 14.

[2]) Vgl. Beseler in Z. S. 157 ff.

[3]) Ebenso Bartolus (ad L. 9 D. de alcin. et cit. leg.) und Baldus (ad leg. 24 C. de episc. et der.).

[4]) Mynsinger z. B. sagt: „Testamentarii autem tutores quid differunt ab executoribus, nonne est eadem ratio administrationis rerum alienarum?"

[5]) Vgl. Thibaut, a a O., S. 511.

wie es bei den letzteren üblich ist, nämlich in executores speciales und generales, ferner in executores conventionales, dativi und legitimi (legales).[1]) Die Vormundschaftstheorie wird in neuerer Zeit von Windscheid und Heusler[2]) vertreten, ferner in von Holtzendorfs Rechtslexikon.[3])

So weit hergeholt die Analogie der Tv'ung nach Art der Vormundschaft auch ist, so lassen sich doch gewisse Aehnlichkeiten zwischen diesen beiden Instituten feststellen. So hat es z. B. der Tv. mit dem Vormund gemeinsam, daß auch dieser in einer letztwilligen Verfügung benannt werden kann, allerdings mit dem Unterschiede, daß, wenn der Tv. das Amt annimmt, er sofort rechtsgültig bestellt ist, während der Vormund erst von der Obrigkeit eine Bestallung erhält, ohne dabei gezwungen zu sein, den im Testamente Benannten zu bestellen. Bei beiden verwaltet jemand das Vermögen eines Dritten und zwar mit der Wirkung, daß dem Eigentümer die Verfügung über dasselbe entzogen ist. Während aber durch die Geschäfte des Vormunds das Mündel persönlich verpflichtet wird, entstehen durch Rechtsgeschäfte des Tv's nur Nachlaßverbindlichkeiten. Während ferner der Vormund, da ein öffentliches und zwar hauptsächlich ein sittliches Interesse vorliegt, bestellt werden muß (§ 1773 BGB.), zur Annahme des Amtes verpflichtet ist (§ 1785 BGB.), es sei denn, daß er einen Ablehnungsgrund hat (§ 1786 BGB.), zur Führung der Vormundschaft durch Ordnungsstrafen gezwungen werden kann (1788 BGB.) und der Beaufsichtigung durch das Vormundschaftsgericht untersteht, braucht ein Tv., da er zumeist im privaten und überdies nur im Vermögensinteresse handelt, nicht erst durch das Gericht bestellt zu werden, ist zur Annahme der Tv'ung nicht verpflichtet, kann durch Ordnungsstrafen nicht

[1]) Vgl. S. A. Bd. 20, S. 83. Gegen diese Einteilung schon Scholz III a a O., S. 42 f. Sie wird auch von solchen vorgenommen, die an sich nicht auf dem Standpunkte der Vormundschaftstheorie stehen; vgl. Arndt, a a O., S. 933; Puchta, a a O., S. 696.

[2]) Vgl. Windscheid, a a O., Bd. 3, S. 508; Heusler, a a O., Bd. 2, S. 652. Dieser begründet die Vormundschaftstheorie neu auf deutschrechtlicher Grundlage. Gegen ihn Schultze Treuhand, S. 77.

[3]) Vgl. das. Bd. 2, S. 874.

gemaßregelt werden und wird durch das Nachlaßgericht nicht beaufsichtigt.

Diese kurze Gegenüberstellung mag genügen, um die Äußerlichkeit dieser Konstruktion darzulegen. Auch Windscheid muß dies anerkennen. Er sagt:[1]) „Die Stellung des Tv's findet eine vollständig zutreffende Analogie in der Stellung des Vormunds." Weiter aber führt er aus: „Es ist zwar richtig, daß der Vormund im öffentlichen Interesse aufgestellt ist und daß er nicht freiwillig eintritt, während für den Tv. allein die privaten Interessen des Erblassers maßgebend sind und niemand ihn zur Übernahme der ihm angebotenen Stellung nötigt; aber daraus folgt eben auch nur, daß man die Konsequenzen, welche sich aus diesen beiden Punkten ergeben, bei der Ausbildung des Instituts im einzelnen wegzulassen habe, nicht aber, daß für seine Ausbildung die Analogie der Vormundschaft überhaupt zu verwerfen sei." Damit fällt aber Windscheids Konstruktion in sich zusammen, insbesondere wenn man beachtet, was Fischer[2]) über die juristische Konstruktion lehrt: „Die juristische Konstruktion befindet sich insofern in der höchsten Abhängigkeit von den Normen des positiven Rechts, als diese das Material bilden, aus dem die juristischen Begriffe geschaffen werden. Jede Konstruktion, deren Folgerungen mit dem Inhalt der einschlägigen Rechtsgebote nicht in Einklang stehen, muß als eine Konstruktion außerhalb des geltenden Rechts verworfen werden." Auch das Reichsgericht[3]) hat es abgelehnt, die Grundsätze von der Vormundschaft für das Institut des Tv's heranzuziehen.

Die Haftung des Tv's vom Standpunkte der Vormundschaftstheorie aus wäre nach gemeinrechtlichen Grundsätzen eine Haftung für diligentia quam suis. Dies ist aber von ihren Vertretern zumeist nicht befolgt worden, so bestimmt z. B. das Bayrische Landrecht in Teil 3 Kap. 2 § 20 Nr. 3: „Nach vollbrachter Exekution ersetzt der Exekutor annebens allen Schaden, welchen er etwa durch gefließenen Saumsal, oder sonst Dolo vel

[1]) Windscheid, a a O., Bd. III, S. 308.
[2]) Vgl. Fischer, pr. Pr. S. 27.
[3]) Vgl. E. R., Bd. 16, S. 187.

Culpa lata an der Verlassenschaft verursacht hat." Kreittmayr,[1]) der Kommentator des Bayrischen Landrechts, sagt hierzu: „Ob der Exekutor nur dolum et culpam latam allein oder auch levem et levissimam praestiere, ist iure communi streitig. Unser codex decidiert für das erste." — Auch Windscheid regelt die Haftung des Tv's nicht in den Konsequenzen seiner Analogie. Er bestimmt den Inhalt des Verpflichtungsverhältnisses des Tv's nach der Analogie des Auftrags.[2]) „Aber das Verhältnis des Tv's ist kein Auftragsverhältnis." Also auch für die Haftung ist die Vormundschaftstheorie nicht hinreichend. Dann ist es wohl das Beste, sie für das geltende Recht völlig bei Seite zu lassen.

2. Die Mandatstheorie.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts begann man in der herrschenden Lehre die Vormundschaftstheorie zu verlassen und die Tv'ung vom Standpunkte des Mandats aus zu behandeln,[3]) und zwar wurde der Tv. bald als Beauftragter des Erblassers, bald als Beauftragter der Erben angesehen. Diese Theorie behauptete sich bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts. Als Anhänger der Mandatstheorie sind zu nennen: Arndt, Brinz, Mommsen, Mühlenbruch, Puchta, Randa, Scholz III, Seuffert und Sintenis.[4]) Auch das ALR. stand nach herrschender Meinung[5]) auf dem Standpunkte der Mandatstheorie. Die Meinung, die dies nicht zugibt,[6]) stützt sich darauf, daß das ALR. den Tv. als einen Bevollmächtigten des Erblassers bezeichnet, welcher Begriff mit Mandatar nicht gleichzustellen ist.[7]) Die Mandatstheorie beeinflußte außerdem noch das österreichische (vgl. § 816) und das sächsische Gesetzbuch (vgl. § 2241).

[1]) Vgl. Kreittmayr, a a O., Bd. III, S. 255.

[2]) Windscheid, a a O., Bd. III, S. 307.

[3]) Vgl. Beseler in Z. S. 161 ff.

[4]) Vgl. Arndt, a a O., S. 933; Brinz, a a O., Bd. III, S. 561; Mommsen, a a O., S. 258; Mühlenbruch bei Glück, a a O., Bd. 43, S. 416; Puchta, a a O., S. 696; Randa, a a O., S. 75; Scholz III, a a O., S. 36; Seuffert, Pand. Bd. III, S. 161; Sintenis, a a O. Bd. III, S. 481.

[5]) Vgl. Böhm, Erbr. S. 176.

[6]) Vgl. Förster-Eccius, Bd. IV. S. 491; Gruchot, Beitr. Bd. 24. S. 455.

[7]) Vgl. Stobbe, a a O., Bd. V, § 309.

Für das BGB. ist diese Theorie wohl als erledigt anzusehen, m. W. ist Pelargus[1]) noch der einzige, welcher diese Theorie als für das BGB. bestehend annimmt. Er stützt seine Ansicht auf § 2218 BGB., nach welchem auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Tv. und dem Erben einige für den Auftrag geltende Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Dies ist jedoch falsch. Die Vorschriften über den Auftrag sind hier nur aus gesetztechnischen Gründen herangezogen, um Wiederholungen im Gesetz zu vermeiden. Seine prinzipielle Stellung wollte das Gesetz damit in keiner Weise andeuten.[2]) Höchstens in § 2226 BGB. wäre ein Anklang an die Mandatstheorie zu sehen. Das Gesetz gestattet nämlich hier dem Tv., das Amt jederzeit zu kündigen. In dem Worte „kündigen" liegt sicherlich etwas Vertragliches (vgl. beim Auftrag § 671 Abs. 1 BGB.). Es wäre auch in dieser Beziehung sicherlich besser gewesen, wenn die zweite Kommission den § 2226 BGB. in der Fassung angenommen hätte, wie er auch vorgelegen hatte,[3]) aber aus praktischen Gründen abgelehnt werden mußte: „Der Tv. kann das Amt mit Bewilligung des Nachlaßgerichts niederlegen."[4])

Die Mandatstheorie ist aber auch in keiner Weise haltbar. Zwischen dem Erblasser und dem Tv. liegt ein Auftragsverhältnis nicht vor; denn der Auftrag ist ein Vertrag und ein solcher ist zwischen diesen beiden keinesfalls abgeschlossen worden. Allerdings wird der Tv. „durch den Willen des Erblassers zu seinen Geschäften gerufen"[5]), aber das genügt doch nicht, um das Vorhandensein eines Mandats annehmen zu wollen. Manche, z. B. Stobbe[6]), sehen in der letztwilligen Ernennung des Tv's den Antrag zur Eingehung des Mandats und in der Übernahme der

---

[1]) Vgl. Pelargus, a a O., S. 144.

[2]) Vgl. Endemann, a a O, Bd. III, S. 236, Anm. 10; Planck, a a O., Bd. V, Anm. 1. zu § 2218 BGB.; Staudinger, a a O., Bd. 5, Anm. I, zu § 2218 BGB.

[3]) Vgl. Protokolle Bd. V, S. 259.

[4]) Die Fassung des § 2226 BGB. ist sicherlich als Rückschritt anzusehen; denn schon die gemeinrechtliche Lehre versagte dem Tv. zumeist das Kündigungsrecht, ja sah gerade hierin einen Unterschied der Tv'ung vom Mandat. Vgl. Beseler in Z. S. 169.

[5]) Vgl. Beseler Z. S. 165.

[6]) Vgl. Stobbe, a a O., Bd. 5. S. 276 f.

Testamentsvollstreckung die Annahme desselben. Hierzu sagt Windscheid[1]) mit Recht: „Will man die Kategorie des Auftrags zur Konstruktion des Rechtsverhältnisses des Tv's verwenden, so muß man unter Auftrag einen einseitig erklärten und einen von den Erben nicht zu widerrufenden Auftrag verstehen, und damit hat man den römischen Namen und nicht die römische Sache." — Ebensowenig liegt ein Vertrag zwischen dem Erben und dem Tv. vor: der Tv. ist, wie wir oben gesehen haben, ganz unabhängig gestellt, er braucht sich um die Anweisungen der Erben nicht im geringsten zu kümmern, und dies müßte er, stände er zu ihnen in einem Auftragsverhältnis. Ja, selbst wenn der Tv. sich dem Erblasser oder einem Erben gegenüber zur Führung der Tv'ung bereit erklärt hätte, so resultiert für ihn auch daraus noch keine Verpflichtung.[2]) Strohal[3]) sagt sogar: „Ein zwischen dem Erblasser und dem als Tv. Erkorenen in Bezug auf die Tv'ung geschlossener Vertrag ist nicht geeignet, die testamentarische Anordnung der Tv'ung zu ersetzen und vermag auch nicht die Pflicht des testamentarisch zum Vollstrecker Bestellten zur Übernahme der Vollstreckung zu begründen." A. A. ist z. B. Planck.[4]) Er beurteilt einen solchen Vertrag wie alle anderen[5]) und spricht ihm darum dann, wenn der Wille der Parteien auf seine Begründung gerichtet war, Rechtsgültigkeit zu.

Ebensowenig wie ein Widerruf seitens der Erben die Tv'ung behebt — dies müßte er, läge ein Auftragsverhältnis vor —, kann die Tv'ung gekündigt werden. Diese Ansicht sprechen sogar Anhänger der Mandatstheorie aus.[6])

Auch der Charakter des Auftrages: „mandatum nisi gratuitum nullum est", ist durch die Vorschrift des § 2221 BGB., wonach der Tv. regelmäßig eine angemessene Vergütung erhalten soll, verwischt.

Im Hinblick auf all dieses müssen wir sagen, daß die Tv'ung nicht als Auftrag zu konstruieren ist, weil der

[1]) Windscheid, a a O., Bd. III, S. 308.
[2]) Vgl. Dernburg, BGB., Bd. 5., S. 386. Mugdan a a O., Bd. 5, S. 116.
[3]) Vgl. Strohal, a a O., Bd. 1, S. 267, Anm. 2.
[4]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2b zu § 2202 BGB.
[5]) Vgl. Motive, Bd. 5, S. 221.
[6]) Vgl. Scholz III., a a O., S. 47.

Tv'ung die vertragliche Natur vollständig fehlt. Darum können wir die Behauptung Dernburgs[1]) als charakteristisch acceptieren, daß die Tv'ung „vom gewöhnlichen Mandat durch die Kluft geschieden ist, welche die Geschäfte unter Lebenden von denen von Todes wegen trennt."

Auch ein mandatum post mortem anzunehmen, wie es z. B. Zachariä von Lingenthal-Crome[2]) tut, ist verfehlt; denn das mandatum post mortem ist immer noch ein Mandat und wird unter Lebenden abgeschlossen, während dies bei der Tv'ung nicht der Fall ist.

Die Rechtsprechung stand lange Zeit auf dem Standpunkte der Mandatstheorie, wir haben dahin gehende Entscheidungen aus den Jahren 1832 bis 1890. Manchmal wird der Tv. als Mandatar des Testators[3]), seltener als Mandatar der Erben bezeichnet.[4])[5])

Wenn die Anhänger der Mandatstheorie bezüglich der Haftung konsequent gewesen wären, dann ließe sich die Frage nach derselben sehr leicht beantworten: es müßte dann nämlich der Tv. für omnis culpa haften und zwar nur gegenüber denjenigen, denen gegenüber das Mandatsverhältnis angenommen wird, also nur gegenüber den Erben (der Erblasser kann natürlich hier nicht mehr in Betracht kommen). Dies ist aber nicht geschehen, vielmehr wird die actio mandati directa allen Interessenten gewährt.[6]) Dies ist die herrschende gemeinrechtliche Ansicht.[7]) Neben der Mandatsklage wurden den Erben noch andere Klagen gegeben, nämlich die imploratio officii iudicis, actio in

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pr. Pr. Bd. 3, S. 450.

[2]) Vgl. dens., a a O., Bd. 4. S. 447.

[3]) Vgl. S. A. Bd. 6, S. 313; Bd. 20, S. 230 f., Bd. 24, S. 377; Bd. 34, S. 460; K. O. T. Bd. 48, S. 95, ER. Bd. 25, S. 297.

[4]) Vgl. S. A. Bd. 9, S. 245; hier ist der Tv. sogar Mandatar sämtlicher Nachlaßinteressenten.

[5]) Zu erwähnen ist noch eine Reichsgerichtsentscheidung in ER. Bd. 8, S. 319, welche nur allgemein sagt, daß die Testamentsvollziehung nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurteilen ist.

[6]) Vgl. Beseler in Z. S. 205.

[7]) Vgl. Mühlenbruch bei Glück, a a O., Bd. 43 S. 441; Scholz III, a a O., S. 68.

factum, condictio ex legibus, ex moribus,[1]) utilis ex testamento actio[2]) u. a. m.[3])

3. Die Arbitertheorie.

Die Arbitertheorie entstammt dem kanonischen Recht und wurde insbesondere von Hellfeld und Leyser, später auch von Thibaut und Roßhirt vertreten.[4]) Sie beruht auf einer im Mittelalter mitunter geübten Sitte, seinen Nachlaß irgend einer pia causa zu vermachen, die nähere Verwendung aber dem arbitrium eines Exekutors zu übertragen. Im Hinblick hierauf sagt Beseler[5]) mit Recht, daß dieses „für einen besonderen Fall geltende Prinzip unmöglich genügen könne, um die ganze Lehre danach zu beurteilen."

Der Tv. kann zwar gemäß § 104 ZPO. zum Schiedsrichter unter den Erben bestellt werden, deshalb hat er aber noch nicht als Tv. die Stellung eines arbiter, wobei er doch überhaupt

---

[1]) Die Klage wurde deswegen so genannt, weil sie eine Klage ex bono et aequo ihrer Charakteristik nach war, die erst durch das Gewohnheitsrecht (mores) eingeführt worden ist.

[2]) Vgl. D. 29, 4 l. 1.

[3]) Die Haftung des Tv's nach dem ALR., das ja auch, wie oben erwähnt, nach herrschender Ansicht die Mandatstheorie vertritt, ist folgendermaßen geregelt. Es verweist in I, 12 § 558 auf Tit. 14, Abschn. 2: „von Verwaltung fremder Sachen und Güter." Hier lautet § 109: „Der Verwalter fremder Güter ist, soweit es dabei auf deren Erhaltung und Aufbewahrung ankommt, nach den Grundsätzen des vorigen Abschnitts (vom Verwahrungsvertrage) zu beurteilen; soweit aber von ihm fremde Geschäfte besorgt werden, als ein Bevollmächtigter anzusehen." Die §§ 11 und 12 des Abschnitts über den Verwahrungsvertrag lauten: § 11: „In allen Fällen ist der Übernehmer nur verpflichtet, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleiße zu verwahren, als er bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu tun pflegt." § 12: „Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht abgemessen werden, . . . so haftet er nur für ein grobes Versehen." Von Vollmachtsaufträgen handelt Tit. 13 Abschn. 1. In Betracht kommt vor allem § 55: „In der Regel ist der Bevollmächtigte bei Vollziehung des Auftrages zu demjenigen Grade des Fleißes und der Aufmerksamkeit, welchen er in seinen eigenen Geschäften derselben Art anzuwenden pflegt, verpflichtet."

Das sächsische Gesetzbuch bestimmt die Haftung des Tv's analog dem Mandat, vgl. das. § 2244.

[4]) Vgl. Hellfeld, Jurispr. forens. Bd. 3, 574, § 1503; Leiser, Meditationes ad pandectas spec. 374, 8; Thibaut, a a O., S. 511; Roßhirt, a a O., S. 217 ff.

[5]) Vgl. Beseler in Z., S. 171.

nur dann in Tätigkeit zu treten hätte, wenn die Erben uneinig sind. Im Gegenteil, kraft seiner selbständigen Stellung wird der Tv. sich oft in Widerspruch mit den einigen Erben setzen und seinem Willen Geltung verschaffen. Also gewiß keine schiedsrichterliche Tätigkeit.

Die Schiedsrichtertheorie, welche die Erben vollständig der Gewalt eines schikanösen Tv's aussetzen würde, wird heute nicht mehr vertreten. Auch die Rechtsprechung hat niemals auf ihrem Standpunkte gestanden. Einen Anklang an sie könnte man in S.A. Bd. 37, S. 224 sehen, wo den Testamentsexekutoren das Recht zugesprochen wird, Zweideutigkeiten im Testament den Beteiligten gegenüber zu entscheiden unter Ausschluß einer gerichtlichen Anfechtung dieser Entscheidung.[1])

Wäre der Tv. ein arbiter, so müßten wir seine Haftung nach den Grundsätzen über die des Richters beurteilen.

4) Die Legatstheorie.

Die Legatstheorie, welche von Koch[2]) vertreten wird, sieht den Tv. als einen Bedachten an, und zwar ist „die Zuwendung der Funktion eines Testamentsvollziehers ein Vermächtnis, welches angenommen den Bedachten zum sofort fertigen Testamentsexekutor macht, ohne daß er in seiner Funktion erst noch durch den Erben eingewiesen zu werden nötig hat."

Nach § 1939 BGB. gehört aber zum Wesen eines Vermächtnisses die Zuwendung eines Vermögensvorteils. Als solche wird die Vergütung des Tv's, die der Erblasser gemäß § 2221 BGB. obendrein noch ausschließen kann, kaum angesehen werden können. Ein Vermächtnis aber, das nur oneros ist, gibt es nicht.[1]) Koch legt übrigens darauf auch keinen Wert: „Auch ohne

[1]) Vgl. Goldfeld, a a O., S. 104 f. Diese Entscheidung ist nicht befriedigend; sie gibt dem Tv. zu viel Rechte. Heute hat der Tv. dieses weitgehende Recht natürlich nicht; das RG. hat sich sogar in einer Entscheidung in ER. Bd. 66, S. 103 dahin ausgesprochen, daß es der Testator dem Tv. selbst nicht einmal beilegen könne.

[2]) Vgl. Koch, a a O., S. 339.

[1]) Vgl. ER. Bd. 16, S. 187: „Ein Vermächtnis setzt eine Vermögenszuwendung voraus, durch welche ein selbständiges rechtliches Interesse des Bedachten begründet wird, wie es auf Seite des Tv's, den der Erblasser zum Verwalter des Nachlasses bestellt hat, an und für sich nicht vorhanden ist."

Aussetzung eines besonderen Vorteils ist die Zuwendung der Funktion eines Testamentsvollziehers ein Vermächtnis."

Legat und Testamentsvollstreckung haben höchstens das gemeinsam, daß beide sich als eine Beschränkung des Erben darstellen, und zwar ist das Legat eine materielle, die Tv'ung dagegen eine formelle. Diese Gemeinsamkeit darf uns aber nicht veranlassen, beide auf eine Stufe zu stellen. Etwas Richtiges liegt jedoch in dieser Theorie, und das hebt besonders Hartmann[1]) hervor, nämlich, daß „durch die Ernennung eines Tv's eine Art von Ausschöpfung aus der Rechtssphäre des Erblassers bewirkt wird, daß aus jener letztwilligen Ermächtigung eine, die wirklichen Sukzessoren des Erblassers beschränkende Rechtsstellung erwächst."

Bezüglich der Haftung des Tv's führt Koch[2]) ungefähr Folgendes aus: der Tv. ist ein Legatar, der mit der Tv'ung belastet ist. Er steht darum denjenigen, zu deren Gunsten er belastet wird, gemäß ALR. I, 12 § 293 wie ein Erbe gegenüber. Es können also die Interessenten gegen ihn mit derselben Klage vorgehen, welche dem eigentlichen Legatar gegen den Erben zusteht. Er haftet demnach allen Interessenten in gleicher Weise, wie ein Erbe den sonst im Testamente Bedachten haftet.

b) Die deutschrechtlichen Theorien.

1. Die Theorie Beselers.

Die Theorie Beselers von der formellen Repräsentation des Erblassers durch den Tv. bildet in eigenartiger Weise den Übergang von den römischrechtlichen zu den deutschrechtlichen Theorien.[3]) Er geht auf das römische Recht zurück, insbesondere auf die Tatsache, daß der Erbe den Erblasser vollständig repräsentierte, materiell, indem Aktiva und Passiva des Nachlasses auf ihn übergingen, formell, indem er ihn auch sonst in jeder Hinsicht vertrat. Als das römische Testamentsrecht in Deutschland

[1]) Vgl. Hartmann in Verh. Bd. 1, S. 17.

[2]) Vgl. Koch, a a O., S. 385 f.

[3]) Vgl. f. d. Folg. Beseler in Z, S. 173 ff. Ähnliches findet sich schon bei Pauli, a a O., S. 330 f.

recipiert wurde, da hätte es, streng genommen, den deutschrechtlichen Tv. beseitigen müssen; denn nach römischem Recht ist er überflüssig. Dies hat es aber nicht gekonnt, und so ist es gekommen, daß der Grundsatz des römischen Rechts, nach welchem der Erblasser allein durch die Erben repräsentiert wird, in Deutschland nicht aufgenommen wurde, vielmehr ist eine Teilung in der Repräsentation eingetreten, indem es dem Testator durch Erweiterung seiner testamenti factio gestattet wurde, sich neben seinen materiellen Repräsentanten, den Erben, noch einen formellen, den Tv., zu schaffen.

Diese Lehre ist zwar sehr originell, aber nicht haltbar. Dies weist insbesondere Gerber nach. Er sagt:[1]) „Worin zeigt sich die sogen. formelle Repräsentation? In der Verteilung und Administration des Nachlasses? Aber diese übernimmt der Exekutor nicht als Repräsentant des Erblassers sondern der Erben, welche jene im Falle, daß kein Exekutor vorhanden wäre, selbst ausführen müßten. Der Erblasser kann so nicht repräsentiert werden, weil, solange er lebt, keine Erbschaft vorhanden ist und der Verstorbene nicht als die Erbschaft verteilend gedacht werden kann." Wir sehen hieraus, daß Beseler mit seiner Konstruktion einen klaren Begriff nicht geschaffen hat. Diesen könnte sie uns nur dann bringen,[2]) wenn wir den formellen Repräsentanten als einen heres sine re ansehen, als einen Fiduziarerben, der auf Grund besonderen Vertrauens vom Testator dazu berufen ist, die Erbschaft an Dritte zu verteilen. Als solchen können wir uns aber den deutschrechtlichen Tv. keineswegs denken.

Bezüglich der Grundsätze der Haftung wendet Beseler „wegen derselben ratio" die Grundsätze vom Mandat an, er dehnt aber die Verpflichtung des Tv's auf alle Beteiligten aus.

Die Rechtsprechung hat sich der Beselerschen Theorie gegenüber zumeist ablehnend gezeigt, vgl. ER. Bd. 16, S. 188, S.A. Bd. 10, S. 392. Einen Anklang an sie finden wir in S.A. Bd. 23, S. 373, wo die Testamentsexekutoren als Repräsentanten des Erblassers bezeichnet werden.

---

[1]) Vgl. Gerber, a a O., § 265, Anm. 7.

[2]) Vgl. Hartmann in Verh. Bd. 1, S. 15.

2. Die Vertretertheorien.

Die eben besprochene Beselersche Theorie von der formellen Repräsentation des Erblassers durch den Testamentsexekutor hat für die Konstruktion des Begriffes der Tv'ung wenig geleistet.

Ein wesentlicher Förderer unserer Lehrer war Hinschius[1]), welcher in seinem Artikel „die rechtliche Stellung der Testamentsexekutoren" die Theorie von der letztwilligen Vollmacht aufgestellt hat, indem er die Vollmachtserteilung streng von dem ihr zu Grunde liegenden Auftragsverhältnis trennte. Er hat den Tv. zum ersten Male als Vertreter erklärt. Seine Theorie hat neue Streitfragen hervorgerufen, die auch heute noch nicht als erledigt anzusehen sind; denn die Tv'ung als Vollmacht zu beurteilen, ist auch nicht ganz zutreffend, da eine Vollmacht widerruflich ist, die Tv'ung aber, wenn man den Tv. z. B. als Bevollmächtigten des Erblassers bezeichnet, dagegen nicht. Man spricht daher neuerdings lieber von einem erbrechtlichen Ermächtigungsgeschäft.[2]) Doch bleibe es dahingestellt, ob man lieber von einer Bevollmächtigung oder besser von einer erbrechtlichen Ermächtigung sprechen sollte, auf einen Vertreter kommen beide Ansichten hinaus, und da ist der große Streitpunkt zu erörtern, ob man den Tv. als Vertreter des Erblassers oder als Vertreter der Erben oder als Vertreter des Nachlasses auffassen soll. Wie wenig geklärt man darüber selbst noch in den 90er Jahren war, zeigt eine Reichsgerichtsentscheidung in EN. Bd. 9, S. 210, die man fast als juristisches Kuriosum bezeichnen möchte: „Darüber nun, daß nach gemeinem Rechte der Tv. Dritten gegenüber den Nachlaß, oder, wenn man will, den Erblasser vertrete, besteht kaum Meinungsverschiedenheit. Mit Recht sagt man aber deshalb auch, daß er in Nachlaßangelegenheiten die Testamentserben vertrete."

[1]) Vgl. Hinschius in Pr. Anw. Z. 1866, S. 766 und in Z. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. 1, S. 518 f.

[2]) Vgl. Hartmann, Verh. Bd. I, S. 17; Seckt, a a O., S. 38; Seuffert, ZPO., Bd. I, S. 67.

aa) Die Theorie von der Vertretung des Erblassers durch den Tv.

Die Theorie von der Vertretung des Erblassers durch den Tv. ist selten vertreten worden. Bekannt sind uns für das gemeine Recht Bluntschli, Gengler und Gruchot, für das BGB. Meischeider und Rüger.[1]) Sie läßt sich ja auch leicht widerlegen; denn vertreten kann schließlich immer nur eine Rechtspersönlichkeit werden, und „ein Vertreter im technischen Sinne ist keiner, dessen Prinzipal nicht mehr auf Erden weilt."[2]) Der tote Erblasser kann unmöglich mehr, wie es im Wesen der Stellvertretung liegt, durch Geschäfte des Exekutors mittelbar oder unmittelbar verpflichtet werden. Mit dem Tode ist die rechtliche Existenz eines Menschen ein für allemal abgeschlossen.[3]) Rosenthal[4]) nimmt an, daß hier „eine von ihrem persönlichen Substrat losgelöste Willensmacht, also eine Willensmacht über den Tod hinaus" vorliege; das mag wohl sein, eine Stellvertretung ist es aber trotzdem nicht.

In der Rechtsprechung wird der Tv. nur einmal m. W. als Vertreter des Erblassers bezeichnet (Striethorst, Bd. 8, S. 242), meist begnügt man sich damit, ihn als Bevollmächtigten des Erblassers zu bezeichnen (Striethorst, Bd. 21, S. 296, Bd. 41, S. 18; KOT. Bd. 48, S. 99; ER. Bd. 23, S. 205), ja einmal wird er Bevollmächtigter des Erblassers genannt, wobei sich das Gericht ausdrücklich verwahrt, ihn hiermit als Vertreter bezeichnet zu haben (ER. Bd. 28, S. 296). Zu erwähnen ist noch ER. Bd. 42, S. 222 f. Hier wird der Tv. als Bevollmächtigter des Erblassers bezeichnet; es wird allerdings hinzugefügt, daß er das Interesse der Erben wie ein Bevollmächtigter zu beachten habe.

bb) Die Theorie von der Vertretung der Erben durch den Tv.

Der erste Entwurf des BGB. § 1903 Abs. 1 lautete: „Zur Erhebung eines Rechtsstreits, in welchem ein zum Nachlasse ge-

[1]) Vgl. Bluntschli, a a O., § 566; Gruchot, Erbr., Bd. 2, S. 213; Gengler, a a O., Bd. 2, S. 1470; Meischeider, a a O., S. 464; Rüger, in S.A., S. 469.

[2]) Vgl. Gierke in Verh. Bd. 3, S. 226; Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 378.

[3]) Vgl. ER. Bd. 46, S. 300.

[4]) Rosenthal-Breslau, a a O., S. 15.

hörendes Recht geltend gemacht wird, ist, solange das Verfügungsrecht des Erben ausgeschlossen ist, nur der Tv. als gesetzlicher Vertreter der Erben berechtigt." Wir sehen hiermit, daß der erste Entwurf zu unserer Frage Stellung genommen hat, indem er den Tv. als gesetzlichen Vertreter der Erben bezeichnete. Doch verwahren sich die Motive[1]) gegen eine solche Annahme: „Der Entwurf enthält sich einer prinzipiellen Vorschrift, soweit solche nicht dem § 1903 zu entnehmen sein möchte, und überläßt es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebnis zu ziehen." Hierin liegt ein Widerspruch; denn in der Begründung des § 1903 verteidigen die Motive[2]) ihre Ansicht, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, daß es sich im § 1903 nur um eine prozessuale Vorschrift handelt: „Der Entwurf hat es versucht, Klarheit in ein dunkles Institut zu bringen . . . der Tv. ist gewissermaßen ein Vertreter der Erben, aber nicht ein gewillkürter, sondern ein gesetzlicher . . . das Gesetz legt dem Willen des Erblassers die Bedeutung bei, daß dieser Wille eine Art gesetzlicher Vertretung hervorruft."[3]) Dieser Paragraph wurde dann auch im Entwurf 2 gestrichen, und die Protokolle[4]) verlassen auch langsam diesen Standpunkt: „Handle der Tv. auch nicht als Vertreter der Erben im strengen Sinne des Wortes, so sei der Erbe doch an dessen Handlungen gebunden."

In der Theorie ist diese Ansicht sehr viel vertreten worden, sowohl zur Zeit des gemeinen Rechts als auch des BGB. und wird auch heute noch vertreten. Es lassen sich hier zwei Ansichten scheiden:

Die einen bezeichnen den Tv. ohne Einschränkung als Vertreter der Erben. Es seien genannt: Binder, Böhm[5]), Brettner[6]),

---

[1]) Vgl. Mot., Bd. 5, S. 217.

[2]) Vgl. Mot., Bd. 5, S. 236.

[3]) Vgl. Motive, Bd. 5, S. 229: „Der Vollstrecker handelt als Vorsteher der Miterben," und ebenso Motive, Bd. 5, S. 235: „Der Vollstrecker ist als ein von dem Erblasser bestimmter, dem Erben auferlegter Vertreter anzusehen."

[4]) Vgl. Prot., Bd. 5, S. 270.

[5]) Böhm vertritt neuerdings die Eigenrechtstheorie. Vgl. B. im „Recht" 1900, S. 270.

[6]) Brettner gibt allerdings zu, daß hier Abweichungen von dem für die gesetzliche Vertretung und allgemeinen geltenden Rechtsnormen vorliegen.

Förster-Eccius,[1]) Gerber, Gruchot, Hinschius, Köppen, Randa.[2])

Die andern bezeichnen ihn als Vertreter der Erben nur in Ansehung des Nachlasses: Cosack, Goldfeld, Jäger, Seuffert,[3]) Staudinger, Weißler, Wilke.[4])

Gegen diese Theorie, insbesondere gegen die oben erwähnte Stelle im Entwurf I, hat Fischer[5]) entschieden Stellung genommen, ebenso Hartmann,[6]) indem er nachweist, daß alle drei Elemente, aus denen sich der Begriff „gesetzlicher Vertreter der Erben" zusammensetzt, für den Tv. unzutreffend sind. Sie ist auch abzulehnen; denn ein Vertreter ist verpflichtet, dem Willen des Vertretenen gemäß zu handeln, für den Tv. ist dieser aber überhaupt nicht maßgebend, sondern, wenn es der Wille eines andern ist, dann ist es der des Erblassers.

Der Tv. nimmt auch nicht immer die Interessen der Erben wahr, es ist dies auch nicht seine Aufgabe; denn in ihrem Interesse liegt es oft nicht, daß alle letztwilligen Verfügungen, z. B. Stiftungen, ordentlich ausgeführt werden, im Gegenteil: der Erblasser wird dann gerade einen Tv. ernennen, wenn er Verfügungen gemacht hat, die dem Interesse der Erben entgegenstehen. Dies sprechen auch die Motive[7]) aus. Man wird die Unhaltbarkeit dieser Theorie noch mehr erkennen, wenn man bedenkt, daß der Tv. sogar gegen die Erben zu klagen berechtigt ist.

---

[1]) In der 6. Aufl. hat Förster-Eccius diese Theorie aufgegeben und eine eigene aufgestellt, vgl. unten.

[2]) Vgl. Binder, a a O., Bd. 1, S. 196, Bd. 3, S. 379, Anm. 18; Böhm, Erbr., S. 91; Brettner, a a O., S. 228 ff.; Förster-Eccius, a a O., Bd. 4, S. 440; Gerber, a a O., S. 546; Gruchot, Erbr. Bd. 2, S. 213; Hinschius, a a O., Sp. 764 f.; Köppen, a a O., S. 586; Randa, a a O., S. 79.

[3]) Seuffert allerdings mit Ausnahme der Prozeßstellung des Tv's. Hier bezeichnet er ihn als Selbstpartei und nicht als Verteter der Erben. Vgl. ZPO. Bd. 1, S. 76.

[4]) Vgl. Cosack, a a O., Bd. 2 S. 754; Goldfeld, a a O., S. 92; Jäger, a a O., S. 40, Anm. 14; Staudinger, a a O., Bd. 5, Vorbem. F. 3 zu § 2219 BGB.; er spricht allerdings vom Amte des Tv's; Weißler, a a O., S. 180 („Soweit der Tv. verwaltet, ist er gesetzlicher Vertreter der Erben."); Wilke, a a O., Bd. 5 Vorbem. zu §§ 2197 ff.

[5]) Vgl. Fischer, Beitr., H. 6, S. 60, Anm. 2.

[6]) Vgl. Hartmann in Verh. Bd. l, S. 6 f.

[7]) Vgl. Motive, Bd. 5, S. 223.

Als Vertreter der Erben wird der Tv. öfters in der Rechtsprechung bezeichnet; vgl. ER. Bd. 16, S. 189; Bd. 28, S. 296; Bd. 35, S. 419; S.A. Bd. 43, S. 290 und Bd. 46, S. 423; EKG. Bd. 10, S. 288; Bd. 13, S. 146; Striethorst, Bd. 52, S. 122.

cc) Die Theorie von der Vertretung des Nachlasses durch den Tv.

Die dritte der sogen. Vertretertheorien besagt, daß der Tv. den Nachlaß vertrete. Hierbei gibt es, auch wie bei der vorhergehenden Theorie, zwei Ansichten. Nach der einen vertritt der Tv. den Nachlaß als juristische Person, nach der anderen vertritt er ihn als bloße Vermögensmasse ohne Rechtspersönlichkeit.

Die erstere Ansicht wird m. W. nur von Kohler vertreten, welcher sagt:[1]) „Der Tv. hat heutzutage ein Amt. Er ist Vertreter (Organ), ähnlich dem Vormund, er handelt für einen Dritten und dieser Dritte ist eine der stillschweigenden juristischen Persönlichkeiten des BGB., nämlich den Nachlaß." Es ist nach allgemeiner Ansicht gewagt, „stillschweigende juristische Persönlichkeiten" im BGB. anzuerkennen. Als solche kennt das BGB. auf dem Gebiete des Privatrechts[2]) nur Vereine, Stiftungen und Anstalten. Der Nachlaß ist niemals Subjekt von rechtlichen Beziehungen, sondern nur Objekt[3]) (vgl. § 1942 BGB.).

Die andere Ansicht wurde früher besonders von Dernburg[4]) vertreten, neuerdings vertritt sie Hellwig,[5]) indem er sagt, daß der Tv. „soweit er die Verwaltung des Nachlasses hat, das in ihm sich darstellende Sondervermögen vertritt." Auch Schott[6]) ist ähnlicher Ansicht: „Weil der Tv. nicht Vertreter von Interessenten ist, sondern nach § 2203 den Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat, so kommt es bei allen seinen Prozessen nur auf das Vermögen der Erbschaft und nicht auf das der jeweiligen Interessenten an."

[1]) Vgl. Kohler in Holtzendorffs Encykl., S. 751 u. d. Verw. Tv. S. 68 ff.

[2]) Vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 253.

[3]) Vgl. Fischer, Pr. Pr., S. 676.

[4]) Vgl. Dernburg Pand., Bd. 3, S. 244; Pr. Pr. Bd. 3 S. 451; Dernburg, BGB. steht auf d. Standpunkt der Eigenrechtstheorie; vgl. BGB. Bd. 5, S. 377.

[5]) Vgl. Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 74.

[6]) Vgl. Schott a a O., S. 92.

Diese Theorie ist in beiderlei Art abzulehnen; denn der Nachlaß ist kein Rechtssubjekt, auch kein fingiertes,[1]) das vertreten werden kann. Er ist nur das Objekt der Tv'ung. Außerdem kann diese Theorie da nicht ausreichen, wo wir es nur mit einer beschränkten Tv'ung (§§ 2208, 2209 BGB.) zu tun haben oder wo der Tv. gemäß § 2223 BGB. zu dem Zwecke ernannt ist, um für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung zu sorgen.

In Seufferts Arch. Bd. 61, S. 384 findet sich eine Entscheidung, in welcher der Tv. als Vertreter des Nachlasses bezeichnet wird. Zu erwähnen ist auch Seuff. Arch. Bd. 39, S. 312: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein Testamentsexekutor weder den Erblasser noch den Erben zu repräsentieren berufen ist, und daß er die Bestellung desselben zum Nachlaßkurator bedürfte, um ihn zu ermächtigen, im Namen einer Verlassenschaft aufzutreten."

dd) Die Doppelvertretungstheorien.

Als Doppelvertretungstheorien sind zwei Ansichten zu erwähnen, welche wohl hauptsächlich das im Auge haben, jedem Standpunkte gerecht zu werden, ich meine die Theorien von Lissauer und Rosenthal-Breslau.[2]) Lissauer stellt den Tv. als Vertreter der Erben und des Erblassers hin; Rosenthal-Breslau nennt die Tv'ung gar „eine letztwillig angeordnete Vertretung des Nachlasses, welche nicht zugleich als Vertretung des Erblassers gegenüber Erben und Legataren und als notwendige Stellvertretung des Erben gegenüber dritten Nachlaßinteressenten darstellt."

Etwas Ähnliches findet sich bei Seuffert,[3]) ohne daß obige Kritik ihm gegenüber gelten soll. Bei ihm ist der Tv. Vertreter der Erben in Ansehung des Nachlasses bei Nachlaßstreitigkeiten, dagegen ist er Selbstpartei in Prozessen gegen die Erben, in

[1]) Vgl. Jäger a a O., S. 40, Anm. 14.

[2]) Vgl. Lissauer a a O., S. 41; Rosenthal-Breslau, a a O., S. 25.

[3]) Vgl. Seuffert, ZPO., Anm. vor § 50. Als Doppelvertretungstheorie kann man die Seuffertsche, streng genommen, nicht bezeichnen. Sie setzt sich vielmehr aus einer Stellvertretungs- und einer selbständigen Theorie (vgl. unten) zusammen.

denen er von diesen die Vollziehung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers fordert, die nur sie ausführen können.

Da wir die Vertretertheorien im einzelnen abgelehnt haben, werden wir uns den kombinierten Vertretertheorien aus denselben Gründen nicht anschließen können.

Aus dem Verhältnis der Vertretung allein können wir einen Grundsatz für die Haftung des Tv's nicht gewinnen; denn diese ist nur eine Legitimation nach außen. Der Grad der Haftung wird darum oft analog dem Mandat (also für omnis culpa) bestimmt,[1]) so auch der Entwurf I (vgl. daselbst § 1908 Abs. 1). Bei der Theorie von der Nachlaßvertretung könnte man den Tv. für den Fall, daß man den Nachlaß als juristische Person ansieht, gemäß § 31 BGB. haften lassen. Bei der Theorie von der Erbenvertretung würden die Vorschriften über die gesetzliche Vertretung (§§ 164 ff. BGB.) Anwendung finden: die Haftung würde sich also hier insbesondere nach § 179 BGB. bestimmen. — Noch Folgendes kommt in Betracht: es müßte der Erbe, der für seine vor der Annahme der Erbschaft besorgten erbschaftlichen Geschäfte als Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1978 Abs. 1 Satz 2 BGB.) nach § 276 BGB. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wäre der Tv. sein Vertreter, gemäß § 278 BGB. für ein Verschulden des Tv's in gleicher Weise wie für eigenes Verschulden haften. Eine solche Regelung der Haftung des Erben hat aber das Gesetz nicht vorgenommen, sie wäre auch eine überaus große Härte.

II. Die selbständigen Theorien.

Wir haben im Vorigen die große Gruppe der Anlehnungstheorien behandelt, konnten aber aus ihnen noch keine zulängliche juristische Konstruktion für das Institut der Tv'ung ersehen. Einen Schluß aber können wir aus all diesen Erörterungen ziehen; wir können negativ feststellen, daß die Anlehnungs-

[1]) Nach Stobbe haftet der Tv. für die Sorgfalt eines Verwalters fremder Angelegenheiten. Vgl. Stobbe, a a O., Bd. 5, S. 273.

theorien nicht dazu geeignet sind, das Institut der Tv'ung erschöpfend zu erklären.

Wir wollen uns darum im Folgenden den selbständigen Theorien zuwenden, d. h. denjenigen, die die Tv'ung nicht in Anlehnung an andere Rechtsinstitute erklären, sondern unabhängig von ihnen aus sich selbst heraus.

a) Die Theorie Sturms.

Sturm[1]) verwirft alle Vertrags- und Stellvertretungstheorien des Obligationenrechts und stellt die Behauptung auf, daß die Tv'ung ein „positives Institut" des Erbrechts sei. Obwohl er mit der Selbstbefriedigung des Autors auf seine „eigenste Aufstellung" hinblickt und sich im Lichte der allgemeinen Beachtung sonnt, ist seine Theorie doch nur die von der Vertretung des Nachlasses unter besonderer Betonung der ihr zu Grunde liegenden Treue über den Tod hinaus dem Erblasser gegenüber im Sinne des germanischen Rechts.

Nach Sturm haftet der Tv. allen Interessenten für omnis culpa.

b) Die Theorie Seckts.

Seckt[2]) bezeichnet den Tv. als „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Verstorbenen und zwar setzt er den Begriff Organ in Gegensatz zum Begriffe der Stellvertretung. Hierbei lehnt er sich an Gierke an, welcher zuerst die Verschiedenheit dieser beiden Begriffe hervorgehoben hat.[3]) Doch müssen wir diese Theorie ablehnen; denn ein Organ setzt voraus, daß etwas da ist, was durch ein Organ vertreten werden kann, also eine natürliche oder eine juristische Person. Seckt will aber selbst nicht „das beim Institut der Tv'ung in Betracht kommende Interesse" zur juristischen Person erhoben wissen.

---

[1]) Vgl. Sturm, Lehre, S. 15 ff.

[2]) Vgl. Seckt, a a O., S. 20 ff. Die Seckt'sche Theorie wurde aufgenommen von Wolff-Göttingen 1902, und Schaller-Göttingen 1901.

[3]) Vgl. Gierke, Genoss. Theor., S. 620 ff.

Bezüglich der Haftung vertritt Seckt den Standpunkt, daß der Tv. allen Interessenten gegenüber für jedes Verschulden haftet.

c) Die Theorie Schultzes und Gierkes.[1]

Schultze lehnt sich in seiner Abhandlung „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" bei der Konstruktion der Tv'ung an die deutsche Treuhänderschaft an. Er gewährt entsprechend der in § 2211 Abs. 1 BGB. dinglichen Verfügungsbeschränkung des Erben bezüglich der Nachlaßgegenstände dem Tv. ein „begrenztes dingliches Recht am Nachlaß." Dieses Recht hat der Tv. als Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne in Gestalt eines Eigenrechts, allerdings in fremdem Interesse.

Diese Theorie ist auch anfechtbar. Insbesondere sind drei Einwände gegen dieselbe aufzuführen:[2] 1. Dingliche Rechte kennt das BGB. nur an Sachen. Zum Nachlasse können aber manchmal überhaupt keine Sachen gehören. 2. Das dingliche Recht erklärt in keiner Weise die Befugnis des Tv's zur Eingehung von Verbindlichkeiten. 3. Dingliche Rechte an einer Sache gehen durch Eigentumsübertragung der Sache nicht unter. Das Recht des Tv's erlischt aber in dem Augenblick, in welchem er über die Sache verfügt hat.

Bezüglich der Haftung des Tv's erklärt sich Schultze ebenso wie die Vertreter der Eigenrechtstheorie.

d) Die Theorie von Förster-Eccius 6. Auflage.

Förster-Eccius, der früher die Theorie von der Vertretung der Erben durch den Tv. vertrat, hat sie in seiner 6. Aufl. aufgegeben und in ganz eigenartiger Weise die Verwaltung des Tv's als „eigentümliche juristische Persönlichkeit" bezeichnet.[3] Seine Begründung mag angeführt sein: „Das Gesetz will eine rechtswirksame Tätigkeit des Tv's, die sich bis zu einer dauernden

[1] Vgl. Schultze in Iherings Jahrb. Bd. 43, S. 1 ff.; Gierke in Holtzendorffs Encykl. Bd. 1, S. 553. Früher stand Gierke auf dem Standpunkte der Theorie zu I, b, 2, aa; vgl. G. in Gutachten, B. 5, S. 39.

[2] Vgl. Strohal, a a O., Bd. 1, S. 295, Anm. 8.

[3] Vgl. Förster-Eccius, a a O., 6. Aufl. Bd. 4, S. 447 ff.

Verwaltung des ganzen Nachlasses erstrecken kann, in der Weise, daß allein der Wille des Vollstreckers für das Schicksal der Nachlaßsachen bestimmend, der Wille des als Eigentümer anzusehenden Erben aber ausgeschlossen ist. Die Verwaltung soll, als ob sie ein vom Erben gesondertes Rechtssubjekt wäre, im Leben stehen. Das ist ein anderer Ausdruck dafür, daß die Verwaltung als Rechtssubjekt mit einem besonderen Kreis von aktiven und passiven fingiert wird, das handelnd und leidend in das Rechtsleben einzugreifen bestimmt ist."

Diese Konstruktion ist vollständig abzulehnen. Ganz abgesehen davon, daß sie gekünstelt und unverständlich ist, gibt sie auch nicht den geringsten Aufschluß über den Gegenstand des Streites, nämlich über die Frage, in welchem Verhältnis der Tv. zu dem Interessenten steht.

Die Haftung regelt Förster-Eccius gemäß den allgemeinen Grundsätzen des ALR.

e) Die Eigenrechtstheorie.

Die Eigenrechtstheorie, welcher deswegen besondere Bedeutung zukommt, weil sie die herrschende ist, erklärt die Tv'ung überhaupt nicht nach ähnlichen oder übergeordneten Rechtsinstituten, sondern sagt nur, daß der Tv. *kraft eigenen Rechts* seine Rechte und Pflichten ausübt. Sie entstammt der neuesten Zeit und zwar ist sie von Hartmann auf dem XXI. deutschen Juristentage entwickelt worden.[1]) Nach ihm hat der Tv. „*ein eigenes erbrechtliches subjektives Recht*.[2])

[1]) Ein Anklang an sie findet sich schon bei Fischer in Beitr., Heft 6, S. 60, Anm. 2: „Der Tv. ist Verfüger über fremde Rechte, ohne Stellvertreter zu sein." Ebenso Schott, a a O., S. 65.

[2]) Es ist von diesem Standpunkte aus konsequent, wenn man sagt, der Tv. führe die Prozesse, zu denen er legitimiert ist, im eignen Namen, als Partei, vgl. Böhm im „Recht" 1900, S. 270; Endemann, a a O., Bd. 3, S. 230; Förster-Engelmann, a a O., Anm. 1 zu § 327 ZPO.; Förster im sächs. Arch. a a O., S. 15 f.; Gaupp-Stein, a a O., Bd. 1, Vorbem. 1c zu § 50, Bem. I zu § 327 ZPO.; Peiser, a a O. S. 265: Protok. Bd. 5, S. 289; Seckt, a a O., S. 71; Seufert, ZPO., Bd. 1, Vorbem. 2c zu § 50 ZPO.; Stegemann, a a O., S. 373 ff. Vgl. ferner Er. Bd. 56. S. 330; OLG. Bd. 4, S. 122, 437 und Bd. 9, S. 405.

So die herrschende Meinung. Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Tv. diese Prozesse in fremdem Namen als gesetzlicher Vertreter der Interessenten

Die Eigenrechtstheorie ist heute in der Literatur die herrschende. Es seien als ihre Vertreter[1]) genannt: Böhm, Dernburg, Ende-

führt; (so der Entw. I § 1903 Abs. 1; dagegen Gierke, Der Entw. eines BGB. und das deutsche Recht, S. 520); sie behauptet, daß als Partei nur derjenige in Betracht kommen könne, der „zur Wahrung seiner eigenen Interessen" den Rechtsstreit führt. (Vgl. Petersen, a a O., S. 15 ff., S. 51.; Weißmann, a a O., Bd. I, S. 74.) Dies träfe aber bei Verwaltern fremder Güter, also auch bei dem Tv. nicht zu, und darum könne man ihn nicht als Partei bezeichnen. Dem ist aber mit Seckt (a a O., S. 73) entgegenzuhalten, daß der Tv. hier als Tv. und nicht als Privatperson auftritt. Als solcher hat er aber eine Stellung, die „der des ein eigenes Interesse Vertretenden analog" anzusehen ist. (Vgl. OLG., Bd. 9, S. 405.)

Eine Mittelmeinung vertritt Bunsen (a a O., S. 203 f.). Er steht im allgemeinen bezüglich des Parteibegriffes auf dem Standpunkt der zweiten Ansicht, sagt also, daß als Partei derjenige anzusehen ist, der „zum Schutz von selbständigen ihn angehenden Interessen den Rechtsweg beschreitet." Dies genügt ihm jedoch nicht. Er verlangt ferner, daß der nur als Partei angesehen werden solle, der „Subjekt der im Rechtsstreite verfolgten Interessen ist." Dahin rechnet er den Tv.; denn dieser verwaltet das fremde Vermögen selbständig und unabhängig „zu einem bestimmten Zwecke und nicht im Interesse des Vermögensherrn, sondern gerade in einem anderen, den persönlichen Interessen des Vermögensherrn widerstreitenden Sinne." Darum spricht Bunsen dem Tv. die Parteifähigkeit zu.

Es wird ferner gegen die Parteitheorie angeführt, der Tv. sei nicht Gläubiger der gegebenenfalls von ihm eingeklagten Leistung. Dies ist ja auch gar nicht nötig; denn er handelt zwar in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse. In derselben Weise ist auch der Einwand zu widerlegen, der dahin geht, daß, wenn der Tv. Partei wäre, er zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt werden müßte. Diesen Standpunkt vertrat Kohler (Beitr., S. 347). Neuerdings hat er ihn aufgegeben. So lesen wir in „Ansprüchen zu Gunsten eines Dritten" S. 263: „Der Anspruchsberechtigte klagt in eigenem Namen. Er hat daher auch, wenn er unterliegt, die Prozeßkosten zu tragen. Hiervon macht der Tv. eine Ausnahme .... er gilt als vom Nachlaß (als juristischer Person) beauftragt (Anklang an die Mandatstheorie), weshalb die Kosten im Nachlaßkonkurse Masseschulden sind. Der Tv. kann aus dem Nachlaß Kostenvorschuß verlangen, und, wenn er unterliegt, so sind die Kosten aus dem Nachlaß zu bestreiten. — Es ist somit gerechtfertigt, wenn wir uns der herrschenden Ansicht anschließen und den Tv. als Partei ansehen.

Nur vom Standpunkte der Parteitheorie aus läßt sich der § 327 Abs. 1 ZPO. verstehen, der eine Selbstverständlichkeit regeln würde, wollten wir den Tv. als gesetzlichen Vertreter der Erben im Prozesse ansehen (OLG. Bd. 4, S. 123 und S. 436.

[1]) Vgl. die abweichenden Ansichten von Windscheid-Kipp, (S. 60). Pelargus (S. 64); Meischeider und Rüger (S. 80); Brettner, Binder, Randa, Gruchot, Böhm, Cosack, Jäger, Weißler, Wilke (S. 82;) Hellwig (S. 86); Seuffert ZPO., Lissauer, Rosenthal-Breslau (S. 84); Sturm, (S. 90); Seckt, (S. 91); Schultze bei Gierke (S. 92); Förster-Eccius (S. 93).

mann, Engelmann, Fischer-Henle, Förster, Frommhold, Hartmann, Kretzschmar, Landsberg, Levy, Matthiaß, Marcus, Müller-Meikel, Pappenheim, Peiser, Planck, Siméon.[1])

Auch das BGB. steht unserer Ansicht nach auf ihrem Standpunkte. Dies kann man schon äußerlich daraus ersehen, daß es von dem „Amte"[2]) des Tv's spricht (Amtstheorie). Vgl. §§ 2197, 2201, 2202, 2215, 2221, 2224, 2225, 2226 BGB. Aber auch der Geist, der in dem ganzen Rechtsinstitute liegt, zeigt uns, daß das BGB. die Eigenrechtstheorie vertritt. Und hier darf ich wohl auf den oben besprochenen Pflichtenkreis verweisen und mich näherer Ausführungen enthalten: immer, beim Verfügungsrechte über Nachlaßgegenstände, bei der Aktiv- und Passivlegitimation bezüglich der Nachlaßstreitigkeiten, bei der Geltendmachung des Erbschaftsanspruches, bei der Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Miterben, mußten wir betonen, daß der Tv. selbständig gestellt, daß er unabhängig ist von Beschlüssen und Widersprüchen der Interessenten.

Ebenso vertritt die ZPO. die Eigenrechtstheorie; denn bezüglich der oben erwähnten Bestimmung des § 327 Abs. 1 ZPO. sagen die Motive (S. 111):[3]) „Ohne diese ausdrückliche Bestimmung würde die Wirksamkeit gegenüber dem Erben nicht eintreten,

[1]) Böhm im „Recht" 1900, S. 72; Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 377; Endemann, a a O., Bd. 5, S. 220f. unter Betonung der fiduziarischen Rechtstellung des Tv's; Engelmann, a a O. S. 768, 770; er stellt den Tv. dem Zwangsverwalter und dem Konkursverwalter gleich. Fischer-Henle, a a O., Vorbem. zu §§ 2197 ff.; Förster im sächs. Arch. a a O.. S. 174 f.; Frommhold, a a O., Vorbem. zu §§ 2197 ff.; Hartmann, a a O., S. 41; Kretzschmar, a a O., S. 588; Landsberg, a a O., Bd. 2, S. 1202. Er unterscheidet in der Stellung des Tv's die gesetzliche Vertretung als privatrechtlichen und die eigene Berechtigung als öffentlich-rechtlichen Bestandteil. Levy in Verh. Bd. 3, S. 238 ff. Er nimmt eine Teilung vor; er stellt nämlich den Tv. bezüglich der Erben und anderer Bedachter als Eigenrechtsträger hin, bezüglich dritter Personen als gesetzlichen Vertreter des Nachlasses. Matthiaß, a a O., Bd. 2, S, 2219; er spricht von einer erbvertragsmäßigen Verleihung des Amtes des Tv's. Marcus, a a O., S. 57; Müller-Meikel, a a O , Bd. 2, S. 477; Pappenheim in Verh. Bd. 3, S. 248; Peiser, a a O., S. 218; Planck, a a O., Bd. 5, Vorbem. zu §§ 2197 ff.; Siméon, a a O., Bd. 1, S. 1015.

[2]) Es handelt sich natürlich um kein öffentliches, sondern um ein privates Amt. Vgl. Dernburg BGB. Bd. 5, S. 377 u. GFG. Bd. 4, S. 141.

[3]) Entnommen aus Sydow-Busch, a a O., Anm. 2 zu § 327 ZPO.

weil die betreffenden Befugnisse dem Tv. aus eigenem Rechte zustehen und er nicht, wie der Nachlaßpfleger, Vertreter der Erben ist."

Die Rechtsprechung vertritt heute ausschließlich die Eigenrechtstheorie. Die älteste Entscheidung findet sich in ER. Bd. 32 S. 153. Hier wird es abgelehnt, den Tv. als Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder der Erben anzusehen, „er übt selbständige Rechte und Pflichten aus, welche ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen sind." In gleichem Sinne haben sich die Gerichte in OLG. Bd. 4, S. 122, sächsisches Archiv, Bd. 62, S. 242, ER. Bd. 68, S. 259 und OLG. Bd. 19, S. 276 ausgesprochen. Die fiduziarische Rechtsstellung des Tv's betont OLG. Bd. 9, S. 405. Hier heißt es: „Nach der an die geschichtliche Entwicklung anknüpfenden Anschauung ist die Stellung des Vollstreckers die eines Treuhänders, der selbständig im eigenen Namen, wenn auch nicht in seinem persönlichen Interesse, die Anordnungen des Erblassers verwirklicht." Die unmittelbare Wirkung der Rechtsgeschäfte des Tv's für die Erben betont ER. Bd. 59, S. 365. Es sagt: „Wenn der Tv. auch durch die von ihm innerhalb seiner Befugnisse als Tv. eingegangenen Rechtsgeschäfte in seiner Person weder Rechte erwirbt, noch mit Verbindlichkeiten belastet wird, so folgt daraus doch nicht, daß er als Stellvertreter der Erben angesehen werden könnte. Kraft der von dem Erblasser ihm eingeräumten Befugnisse und behufs Ausführung des Willens des Erblassers verfügt er über den Nachlaß, und zwar mit der Wirkung, daß die von ihm vorgenommenen dinglichen Dispositionsakte im Bereiche des Nachlaßvermögens für den Erben oder, wenn eine Erbengemeinschaft besteht, für diese rechtlich wirksam sind." Eine Anzahl Entscheidungen sprechen auch von dem „Amte" des Tv's, das er zu eigenem Rechte aber in fremdem Interesse ausübt und das nicht als öffentliches Amt anzusehen ist; vgl. OLG. Bd. 4, S. 435, Bd. 6, S. 308, S. 277, sächs. Arch. Bd. 58, S. 462, Bd. 61, S. 119, OLG. Bd. 17, S. 14. Die eigenrechtliche Befugnis des Tv's zur Prozeßführung insbesondere hebt das RG. in ER. Bd. 56, S. 330 hervor. Bezüglich der rechtlichen Beziehungen des Tv's zu den Interessenten spricht sich das RG. in ER. Bd. 46 S. 70 dahin

aus, daß sich dieselben als ein „erbrechtliches Verhältnis" darstellen. — Gemäß § 181 BGB. darf ein Vertreter mit sich selbst nicht kontrahieren. Dieser Paragraph wird auf den Tv. nicht angewendet. Auch daraus kann man die eigenrechtliche Stellung des Tv's ersehen. In diesem Sinne haben sich die Gerichte in OLG. Bd. 4, S. 437 und in ER. Bd. 61, S. 145 ausgesprochen.

Vom Stadtpunkte der Eigenrechtstheorie aus ist es konsequent, den Tv. allen Beteiligten verantwortlich zu machen und auf dem XXI. Juristentage ist diesbezügliches auch von Gierke und Hartmann ausgeführt worden.[1]) Auch Dernburg[2]) bezeichnet die Stellung des Tv's als ein Vertrauensamt (vgl. ER. Bd. 66, S. 106; S. A. Bd. 60, S. 150; EJG. Bd. 2, S. 165) und sagt, daß von diesem Standpunkte aus auch die Haftung des Tv's zu beurteilen sei.

Obwohl dieser Grundsatz einer gleichmäßig geregelten Haftung des Tv's erkannt und ausgesprochen wird, ist er doch bislang noch auf wenig fruchtbaren Boden gefallen. Cosack, Dernburg, Endemann, Engelmann, Matthiaß, Rüger[3]) u. a. sprechen bezüglich der Haftung überhaupt nur von dem Verhältnis des Tv's zu den Erben und Vermächtnisnehmern. Andere wie Förster, Frommhold, Müller-Meikel, Peiser, Planck, Staudinger, Strohal[4]) erwähnen auch das Verhältnis des Tv's zu anderen Beteiligten, ohne allerdings auf die Frage, wie die Regelung seiner Haftung grundsätzlich anzusehen ist, des Näheren einzugehen. Dies ist im folgenden Teile der Arbeit versucht worden.

---

[1]) Vgl. Gierke, Verh., Bd. III, S. 32; Hartmann, Verh. Bd. I, S. 32.

[2]) Vgl. Dernburg, BGB. Bd. 5. S. 398.

[3]) Vgl. Cosack, a a O., Bd. 2, S. 756; Dernburg, BGB., Bd. 5, S. 398 f.; Endemann, a a O., Bd. 3, S. 237 f; Engelmann; a a O., S. 770; Matthiaß, a a O., Bd. 2, S. 449; Rüger, a a O., S. 468.

[4]) Vgl. Förster im sächs. Arch. S. 172; Frommhold, a a O, Anm. 1 zu § 2219 BGB.; Müller-Meikel, a a O., Bd. 2, S. 495; Peiser, a a O., S. 279; Planck a a O., Bd. 5, Vorbem. 5 g zu §§ 2197 ff.; Staudinger, a a O., Bd. 5, Anm. 1 zu § 2219 BGB.; Strohal, a a O., Bd. 2, S. 284.

D.

Die Haftung des Tv's nach BGB.

Gemäß § 2219 BGB. ist der Tv., wenn er die ihm obliegenden Verpflichtungen verletzt, sobald „ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den daraus entstehenden Schaden dem Erben und, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnisnehmer[1]) verantwortlich." Der Grad dieser Haftung bestimmt sich nach § 276 BGB., der Tv. hat also Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.[2]) Die Schadenersatzpflicht bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB.

Anderen als den Erben und zwar den Vor- und Nacherben,[3]) und Vermächtnisnehmern haftet der Tv. subsidiär gemäß den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen.[4])

Es ist bestritten, ob gemäß § 2219 BGB. der Tv. auch den aus einer Auflage Berechtigten verantwortlich ist. Dieser Ansicht ist Wilke-Reatz.[5]) Sie ist jedoch abzulehnen, „weil es bei der Auflage an einem materiell Berechtigten und daher an der Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch fehlt";[6]) denn gemäß § 1940 BGB. hat der aus einer Auflage Berechtigte nicht das Recht, die Vollziehung derselben von dem Beschwerten zu verlangen.

Noch in anderer Beziehung vertritt Wilke-Reatz[7]) eine abweichende Meinung. Er gewährt den sonstigen Nachlaßgläubigern außer den Vermächtnisnehmern auch einen Schadenersatzanspruch,

---

[1]) Der Entwurf I regelte hier nur die Haftung gegenüber dem Erben. Die zweite Kommission erweiterte diese Haftung, „weil sie der nach allen Seiten unabhängigen Stellung des Vollstreckers entspreche und auch im Interesse der Erben liege." Vgl. Mugdan, a a O., Bd. 5., S. 687.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 276.

[3]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2219 BGB.

[4]) Marcus (a a O., S. 72) spricht hier von „außerkontraktlichen Schuldklagen."

[5]) Vgl. Wilke-Reatz, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2219 BGB.

[6]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2219 BGB.

[7]) Vgl. Wilke-Reatz, a a O., Bd. 5, Anm. 3 zu § 2219 BGB.

ohne ihn allerdings durch §§ 823 ff. BGB. zu begründen; und zwar gewährt er ihnen diesen gegen den Erben und nur mittelbar gegen den Tv., „indem sie sich den dem Erben gegen den Tv. zustehenden Ersatzanspruch überweisen lassen." Dieser Meinung ist jedoch nicht beizutreten; denn abgesehen davon, daß eine derartige extensive Gesetzesinterpretation bei der positiven Vorschrift des § 2219 BGB. schon sehr gewagt ist, enthält sie auch eine Härte gegen den Erben; da nicht der geringste Grund vorliegt, den Erben für den Fall, daß die Nachlaßgläubiger von dem Tv. nicht Befriedigung erlangen, für die unerlaubten Handlungen des Tv's haften zu lassen.

Gemäß § 664 BGB. in Verbindung mit § 2218 BGB. darf der Tv. im Zweifel die Ausführung seiner Pflichten nicht einem Dritten übertragen. Ist ihm dies vom Erblasser gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung, d. h. bei der Auswahl des Dritten, zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Das Verschulden eines Gehilfen hat er gemäß § 278 BGB. in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten, es sei denn, daß der Erblasser ihn hiervon befreit hat, oder die Interessenten darauf verzichtet haben.

Mehrere Tv., denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesamtschuldner." (§ 2219 Abs. 2 BGB.).

Gemäß § 2220 BGB. kann der Erblasser den Tv. von der Haftung aus § 2219 BGB. nicht befreien, er kann aber den dort vorgesehenen und aus § 276 BGB. bestimmten Grad der Haftung anderweitig festlegen,[1]) insbesondere kann er anordnen, daß der Tv. nur für diligentia quam suis und nur für eigenes Verschulden, nicht für das seiner Gehilfen (vgl. § 278 Satz 2 BGB.) zu haften habe.

Weißler[2]) dehnt den § 2219 BGB. auf alle Interessenten aus: „Es fällt auf, daß eine Verantwortung gegenüber den übrigen Nachlaßbeteiligten, insbesondere den Nachlaßgläubigern nicht anerkannt ist. Sie versteht sich aber von selbst, insofern die Tv'ung ein Amt ist." Dies ist vollständig abzulehnen; denn dann wäre die Fassung des § 2219 BGB., wie wir ihn heute haben, nicht zu verstehen.

[1]) Vgl. Strohal, a a O., Bd. 1, S. 285.

[2]) Vgl. Weißler, a a O., S. 203.

Im Gegensatz dazu engt Planck[1]) die Ersatzpflicht des Tv's wieder ein. Er sagt: „Voraussetzung für den Ersatzanspruch des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Vollstrecker ist natürlich, daß ersterer nicht Befriedigung von dem Erben oder dem sonst Beschwerten erlangen kann." Dies ist ebenso wenig zu billigen und geht auch nicht aus dem Wortlaut des § 2219 BGB. hervor.

Dies ist die Regelung der Haftung des Tv's im BGB., wie sie im allgemeinen gegeben wird.

Als Ergebnis dieser Arbeit möchte ich jedoch Folgendes feststellen:

1. Die Pflichten des Tv's sind gegenüber allen Interessenten im großen und ganzen dieselben.

Die besonderen Obliegenheiten des Tv's, die ihm nur gegenüber den Erben oder nur gegenüber anderen im Testamente Bedachten oder nur gegenüber Anderen zustehen, sind zumeist unwesentlicher Natur. Eine Ausnahme macht der Pflichtenkreis der Auseinandersetzung unter den Miterben. Doch dies kann obige Behauptung nicht zu Fall bringen; denn die Auseinandersetzung ist ihrem Charakter nach eine interne Angelegenheit der Miterben und bringt darum zumeist Pflichten des Tv's den Erben gegenüber mit sich.

2. Der Tv. steht allen Interessenten in gleicher Eigenschaft gegenüber.

Es besteht kein Vertragsverhältnis, kein Vertretungsverhältnis u. s. w. Der Tv. handelt aus eigenem Rechte. Er ist ein durch letztwillige Verfügung ernannter Privatbeamter,[2]) der den letzten Willen des Erblassers zu getreuer Hand zu vollziehen verpflichtet ist.

Aus diesen beiden Sätzen 1) und 2) spricht die Vermutung, und diese Vermutung ist m. E. für das geltende Recht vollständig zutreffend:

---

[1]) Vgl. Planck, a a O., Bd. 5, Anm. 2 zu § 2219 BGB.

[2]) „Privatbeamter" soll heißen: er handelt im privatem Interesse, während der Beamte im gewöhnlichen Sinne des Wortes, im öffentlichen Interesse handelt.

Es gibt keine verschiedenartigen Grundsätze, nach denen sich die Haftung des Tv's gegenüber den Erben, gegenüber anderen im Testamente Bedachten und gegenüber Anderen bestimmt.

Es gibt nur einen einheitlichen Grundsatz und dieser lautet: Der Tv. haftet für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit bei seiner Geschäftsführung allen Interessenten.

Dieser Satz läßt sich mit den Normen des Gesetzes sehr wohl vereinigen. Zwar ist der Tv. gemäß § 2219 BGB. nur den Erben und Vermächtnisnehmern verantwortlich für ordentliche Pflichterfüllung, anderen Interessenten gegenüber können wir ihn, wie wir gesehen haben, subsidiär nur aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) haften lassen. Doch ebenso wenig wie die Haftung den Erben und Vermächtnisnehmern gegenüber eine kontraktliche ist, mindestens ebenso wenig ist sie anderen Interessenten gegenüber nur eine deliktische. Nur aus äußeren Gründen regelt sich das eine Mal die Haftung aus § 276 BGB., das andere Mal aus §§ 823 ff. BGB. Im Prinzip kommt es beide Male auf dasselbe, nämlich auf den vorhin ausgesprochenen Grundsatz, hinaus und für diesen ist es vollständig belanglos, ob das eine Mal die Haftung des Tv's mit § 276 BGB. und das andere Mal mit §§ 823 ff. BGB. begründet wird.

Engelmann[1]) sagt bezüglich des Anspruchs auf § 2219 BGB.: „Dieser Anspruch ist kein Deliktanspruch, denn er entsteht aus der Verletzung einer bereits bestehenden Pflicht." Diese Pflicht oder diese Pflichten bestehen aber auch zum Teil gegenüber anderen Interessenten. Daraus wird man zu folgern haben, daß der Anspruch auch auf diese Interessenten ausgedehnt werde.

Die Methode, die Haftung des Tv's einheitlich zu konstruieren, steht nicht in Einklang mit der heutigen Rechtsprechung. So geht eine Entscheidung in OLG. Bd. 16, S. 268 dahin, daß für die von dem Tv. in Ausübung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangenen Handlungen und Überlassungen analog dem § 31 und § 86 BGB. der Nachlaß hafte, da sie „als an der Stelle des Erblassers stehend angesehen werden, daß ihrem Versehen dieselbe rechtliche Folge beigelegt wird, als fiele sie dem Erblasser selbst

[1]) Vgl. Engelmann, a a O., S. 770.

zur Last." Diese Entscheidung halte ich für wenig glücklich. Man bemüht sich gerade, die Tv'ung als positives Institut zu behandeln und sollte darum Analogien beiseite lassen, zumal man mit Hilfe der Analogie der Vormundschaft auf einen entgegengesetzten Standpunkt kommt; vgl. ER. Bd. 67, S. 153: „Zwar haften nach §§ 31, 86, 89 Abs. 1 BGB. juristische Personen Dritten für die unerlaubten Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter; nirgends aber ist im Gesetze das Gleiche für die natürlichen Personen (es handelt sich hier um die Haftung des Mündels für unerlaubte Handlungen des Vormunds) bestimmt," ebenso wenig, so möchte ich fortfahren, ist dies für bloße Vermögensmassen, wie es der Nachlaß ist, bestimmt. Wohin möchte man auch mit obiger Entscheidung, nach welcher nur der Nachlaß haftet, kommen, wenn ein reicher Tv. in Ausübung seiner Befugnisse es unterläßt, ein Grundstück in Ordnung zu bringen, sodaß jemand, der ohnedies mittellos ist, dadurch so zu Schaden kommt, daß er arbeitsunfähig wird, der Nachlaß aber überschuldet ist? Aber man braucht nicht einmal so weit zu gehen. In einer Entscheidung in OLG. Bd. 10, S. 303 ist davon die Rede, daß ein Tv. schuldhafter Weise es unterlassen hat, gemäß §§ 2215, 2218 und 666 BGB. für die Erben ein Nachlaßverzeichnis aufzustellen, ihnen Auskunft zu geben und nach Beendigung des Amtes ihnen Rechenschaft abzulegen. Es war hierüber zum Prozesse gekommen und der Tv., nicht der Nachlaß war zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt worden, „da es sich hier um eine persönliche Verpflichtung des Vollstreckers handelt." Diese „persönliche Verpflichtung" war aber für den Tv. durch die Übernahme der Tv'ung entstanden." In Ausführung der ihm zustehenden Verpflichtungen hatte er sich erwähnter Verletzungen schuldig gemacht. Also müßte dem angeführten Urteil analog der Nachlaß im gegebenen Falle für die Prozeßkosten haften. Daraus ist ersichtlich, wie wenig glücklich die mangelnde Einheitlichkeit im Prinzip bei der Haftung des Tv's ist.